



REVISTA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

Monografía

The CISG Remedies of Specific Performance, Damages and Avoidance, Compared to the Equivalent in the Mexican Law on Sales

Doctor Jorge Iván Salazar Tamez

Artículos

Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli

Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez

El Conflicto de las Papeleras sobre el Río Uruguay

Doctora María Mercedes Albornoz

El Principio de Seguridad Jurídica. Especial Referencia al Ordenamiento Español

Licenciado José Carlos Rodríguez Canales

Acerca de los Requisitos de Existencia del Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo en México

Licenciado Mauricio Yanome Yesaki

Octubre de 2007

Número 17

CAMPUS
MONTERREY

REVISTA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

NÚMERO: 17

OCTUBRE DE 2007

DIRECTORIO

Dr. Rafael Rangel Sostmann

Rector del Sistema ITESM

Dr. Alberto Bustani Adem

Rector de la Zona Metropolitana de Monterrey

Dr. Salvador Treviño Martínez

Director de la Escuela de Negocios, Campus Monterrey

Dr. Osmar Zavaleta Vázquez

Director de la División de Administración y Finanzas DAF

Lic. Marlon Omar López Zapata

Director del Departamento de Derecho

Lic. Aydeé del Carmen García Arzábala

Directora de la Carrera de Derecho

Dr. Roberto Garza Barbosa

Editor de la Revista Jurídica IUSTITIA

TECNOLÓGICO DE MONTERREY CAMPUS MONTERREY

REVISTA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

NÚMERO: 17

OCTUBRE DE 2007

CONSEJO EDITORIAL

- Dr. Donato Cárdenas Durán (ITESM)
Dr. Christopher Cotropia (Richmond, EUA)
Dr. Martin Davies (Tulane, EUA)
Dra. Sara Díez Riaza (Comillas, España)
Dra. Ángela Figueruelo Burrieza (Universidad de Salamanca, España)
Dr. Joel Friedman (Tulane, EUA)
Dr. Héctor Alejandro González Hernández (ITESM)
Dra. Marta Gisbert Pomata (Comillas, España)
Dr. Sergio Elías Gutiérrez Salazar (ITESM)
Dr. Lucio Pegoraro (Universidad de Bolonia, Italia)
Dr. Pedro Serna (Universidad de A Coruña, España)
Dr. Edward Sherman (Tulane, EUA)
Dr. Pedro Torres Estrada (ITESM)
Dr. Luis Eduardo Zavala DeAlba (ITESM)
Dr. Stephen Zamora (Universidad de Houston, EUA)
Lic. Jacob Buganza (ITESM)
Lic. Gabriel Cavazos Villanueva (ITESM)
Lic. Julio César Cruz Chavira (ITESM)
Lic. César De la Garza Gutiérrez (ITESM)
Lic. Rogelio Lozano De León (ITESM)

TECNOLÓGICO DE MONTERREY CAMPUS MONTERREY

D.R. © 2007 ITESM, Eugenio Garza Sada 2501, Col. Tecnológico, Monterrey, N.L. C.P. 64849. Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta revista por cualquier medio sin el previo y expreso consentimiento por escrito del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey a cualquier persona y actividad que sean ajenas al mismo.

Las opiniones expresadas en esta revista, son responsabilidad de los autores y no necesariamente del ITESM o los editores. El hecho que los artículos aparezcan publicados no significa que el ITESM o sus editores se solidaricen con el contenido de los mismos.

Con la colaboración de los alumnos de nuestra carrera de derecho:
Mónica González González y Raúl Morales De Alba

ISSN: 1870-6827

Para mayor información, visite: <http://daf.mty.itesm.mx/iustitia>

Correo electrónico del editor: rgb@itesm.mx

IUSTITIA

NÚMERO: 17

OCTUBRE DE 2007

Presentación de la Edición

Dr. Osmar Zavaleta Vázquez

9

Monografía

**The CISG Remedies of Specific Performance, Damages and Avoidance,
Compared to the Equivalent in the Mexican Law on Sales**

Doctor Jorge Iván Salazar Tamez

11

Artículos

**Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi
Ferrajoli**

Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez 157

El Conflicto de las Papeleras sobre el Río Uruguay

Doctora María Mercedes Albornoz

207

**El Principio de Seguridad Jurídica. Especial Referencia al Ordenamiento
Español**

Licenciado José Carlos Rodríguez Canales

223

**Acerca de los Requisitos de Existencia del Tribunal Municipal de lo
Contencioso Administrativo en México**

Licenciado Mauricio Yanome Yesaki

259

Normas Editoriales

287

Lineamientos del Consejo Editorial

289

PRESENTACIÓN

Me da mucho gusto poder presentarle esta edición de la revista jurídica, *IUSTITIA*, la cual es una muestra del compromiso que en el departamento de derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey, existe en materia de investigación y de divulgación del conocimiento.

En este número, Usted encontrará excelentes ensayos jurídicos sobre temas de relevancia y actualidad. Desde la compraventa internacional de mercaderías, hasta problemas relacionados con el impacto ambiental que las acciones de un país tienen sobre otro, sin dejar de lado temas tan importantes como el derecho municipal y la filosofía del derecho.

Es importante resaltar que esta diversidad de temas es la que le da el sello particular a nuestra revista, de ser una publicación general sobre temas de derecho.

Quisiera aprovechar la ocasión para hacerle una atenta invitación a enviar sus investigaciones, las cuales serán evaluadas objetivamente por nuestro consejo editorial, para su publicación en esta revista.

Deseo que los artículos que presentamos en esta edición resulten de su total interés.

Dr. Osmar Zavaleta Vázquez
Director de la División de Administración y Finanzas
Tecnológico de Monterrey,
Campus Monterrey

THE CISG REMEDIES OF SPECIFIC PERFORMANCE, DAMAGES AND AVOIDANCE, COMPARED TO THE EQUIVALENT IN THE MEXICAN LAW ON SALES

Dr. Jorge Iván Salazar Tamez*

INTRODUCTION

For decades, Mexico has been an active player in the international legal community signing and ratifying treaties, and it has recently enhanced its political presence in the European Union and the United Nations with its growing involvement in the trade world.¹ So far, Mexico has signed and ratified two hundred and twenty-eight international agreements and treaties with the United States and fifty-two with Canada.² Many of these treaties aim at the commercial integration of the international community, as well as the harmonization of commercial law.

The U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, also known as the Vienna Convention of 1980 or the CISG, is amongst the most significant treaties ratified by Mexico. The main objective of the CISG is to contribute to the removal of legal barriers to international trade and to promote

* Licenciado en Derecho por el Tec de Monterrey, en donde imparte las cátedras de Contratos Internacionales y Mercantiles, recibió el grado M.B.A por la Escuela de Graduados en Administración y Dirección de Empresas del Tec de Monterrey, en 2001 recibió el título LL.M. en Derecho Comercial Internacional por la Universidad de Tulane, Universidad que recientemente le ha otorgado el grado PH.D. en derecho Comercial Internacional.

¹Mexlaw.com, International Treaties and Conventions §3.1, http://www.mexlaw.com/best_websites/3_international.html.

² *Id.*

trade development, on the basis of equality and mutual benefit.³ Therefore, it is not difficult to comprehend why such an appealing goal would spark the interest of so many countries seeking economic growth through international commerce.⁴ With the subscription of sixty-seven countries, the CISG is, undeniably, one of the most popular and fast-growing international conventions worldwide.⁵

Of course, ratification of the CISG does not guarantee a country an expansion of its international commercial transactions. For that purpose, it is imperative that both the judicial branch as well as the merchants engaged in international trade know and understand the international convention. In the case of the CISG, neither judges nor businessmen should face major obstacles to understanding its specific language and structure. However, there are legal concepts that the CISG borrows from diverse legal traditions, including both the civil and common law. For instance, Articles 50 and 47 of the CISG, rooted in the legal tradition of civil law, include the concepts of price reduction and additional period of time to perform. The CISG also borrows concepts such as mitigation of damages in Article 77 that are familiar to the legal tradition of common law. The borrowed concepts may pose more substantial difficulties of interpretation and implementation for both practitioners and judges.

Such technicalities appear in the case of the CISG remedies for breach of contract—specific performance, damages and avoidance—, which are found in both legal traditions, but with substantial variations on specific aspects. These significant variations distinguish the remedies for breach of contract contained in the CISG from those established by the Mexican law on sales, which are derived entirely from the civil law tradition. Moreover, despite being

³ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Preamble, Apr. 11, 1982, 1489 U.N.T.S. 3 [hereinafter CISG].

⁴ *Id.*

⁵ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, (last visited, August 5, 2007).

equivalent in principle, the remedies contained in both bodies of law are exercised and applied differently.

Therefore, it is the intention of this study to draw comparisons and highlight the differences between the CISG remedies of specific performance, damages and avoidance and the equivalent remedies in the Mexican law of sales, in order to demonstrate three hypotheses. First, the inclusion of the remedy of specific performance in the CISG is not intended to facilitate its exercise, as frequently or as extensively as the remedy of *cumplimiento forzoso* is envisioned by the Mexican law of sales.⁶ Second, there are important differences in the remedy of avoidance and *rescisión* in the two bodies of law. These differences alter the manner in which the avoidance remedy operates when applied in each context.⁷ Third, the extensive and highly articulated damage remedies of the CISG stand in marked contrast to the underdeveloped theory of *daños y perjuicios* in Mexican law of sales.⁸

In short, the main purpose of this study is to provide the most important tools for those involved in international trade to address matters where a breach of sales contract occurs, and the CISG or Mexican law is applicable. In fact, without understanding the similarities and the differences of the remedies contained in the two bodies of legislation, one would find it difficult to decide on the proper strategy for cases of breach of an international sales contract.

The central methodology in this thesis is of a comparative nature. It draws a link between the remedies of specific performance, avoidance and damages available to an aggrieved party under the CISG and the equivalent remedies under the Mexican law on sales.

This first chapter contains a description of the CISG remedies of specific performance, damages and avoidance and includes an analysis of the coverage and the limits of these remedies. This description is based on the text of the Vienna Convention of 1980 and academic literature.

⁶ See page 153/4.

⁷ See page 153/3.

⁸ See page 153/2.

Chapter II describes the remedies of *cumplimiento forzoso*, *rescisión* and *daños y perjuicios* in the Mexican law on sales. This part of the thesis is a comprehensive summary of the current (rather than the historical) condition of these remedies in the Mexican legal system. It is based on the Mexican law regarding the subject and the respective academic literature.

Chapter III analyses and compares the CISG remedies for breach of contract –described in Chapter I–, with the remedies for breach of contract contained in the Mexican law of sales –addressed in Chapter II–.

International and Mexican cases form the core of Chapter IV. This chapter concentrates on judicial and arbitral tribunals interpretations of the remedies of specific performance, damages and avoidance contained in the CISG, and the remedies of *cumplimiento forzoso*, *rescisión* and *daños y perjuicios*, provided in the Mexican law on sales.

CHAPTER I. – CISG remedies of specific performance, damages and avoidance

II CISG History

After World War II, an UNIDROIT working committee labored on the establishment of an international treaty that aimed to harmonize the international law of sales.⁹ In 1964, the government of the Netherlands followed the footsteps of UNIDROIT and hosted a conference of twenty-eight nations at The Hague.¹⁰

⁹ The UNIDROIT was the Institute that resolved to create a committee to prepare the first project of uniform law on international sales. This committee included experts from different countries like France, England, Scandinavia, Germany, etc., representing the different legal traditions (Anglo-American, Latin, Roman-Germanic, Scandinavian, etc.).

¹⁰ The nations represented at the conference were Australia, Belgium, Colombia, Denmark, Finland, France, West Germany, Greece, Hungary, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, The Netherlands, Norway, People's Republic of Bulgaria, Portugal, San Marino, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, United Arab Republic, United Kingdom,

Chapter II describes the remedies of *cumplimiento forzoso*, *rescisión* and *daños y perjuicios* in the Mexican law on sales. This part of the thesis is a comprehensive summary of the current (rather than the historical) condition of these remedies in the Mexican legal system. It is based on the Mexican law regarding the subject and the respective academic literature.

Chapter III analyses and compares the CISG remedies for breach of contract –described in Chapter I–, with the remedies for breach of contract contained in the Mexican law of sales –addressed in Chapter II–.

International and Mexican cases form the core of Chapter IV. This chapter concentrates on judicial and arbitral tribunals interpretations of the remedies of specific performance, damages and avoidance contained in the CISG, and the remedies of *cumplimiento forzoso*, *rescisión* and *daños y perjuicios*, provided in the Mexican law on sales.

CHAPTER I. – CISG remedies of specific performance, damages and avoidance

II CISG History

After World War II, an UNIDROIT working committee labored on the establishment of an international treaty that aimed to harmonize the international law of sales.⁹ In 1964, the government of the Netherlands followed the footsteps of UNIDROIT and hosted a conference of twenty-eight nations at The Hague.¹⁰

⁹ The UNIDROIT was the Institute that resolved to create a committee to prepare the first project of uniform law on international sales. This committee included experts from different countries like France, England, Scandinavia, Germany, etc., representing the different legal traditions (Anglo-American, Latin, Roman-Germanic, Scandinavian, etc.).

¹⁰ The nations represented at the conference were Australia, Belgium, Colombia, Denmark, Finland, France, West Germany, Greece, Hungary, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, The Netherlands, Norway, People's Republic of Bulgaria, Portugal, San Marino, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, United Arab Republic, United Kingdom,

This conference led to the adoption of two uniform laws:¹¹ the Convention relating to the Uniform Law on International Sale of Goods (ULIS),¹² and the Convention relating to a Uniform Law on the Formation of International Contracts for the Sale of Goods (ULF).¹³

The ULIS entered into force on August 18th 1972 with nine adopting countries.¹⁴ Soon after, on August 23rd of the same year, the ULF became effective and was approved by the same countries that had ratified ULIS, with the exception of Israel.¹⁵ Notwithstanding the fact that the two treaties represented considerable efforts to achieve harmonization of international sales law, the ULIS and the ULF were severely criticized. The criticism suffered by these laws was based on the scope of application¹⁶ which was considered to be too broad.¹⁷ For instance, the provisions of the ULIS and the ULF could be applied even to non-ratifying states.¹⁸ It was also argued that the abstract

United States, Vatican City, and Yugoslavia. ALEJANDRO M. GARRO & ALBERTO L. ZUPPI, *COMPRVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS-CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980* 32 (1990).

¹¹ James E. Bailey, *Facing the Truth: Seeing the Convention on Contracts for the International Sale of Goods as an Obstacle to a Uniform Law of International Sales*, 32 *CORNELL INT'L L.J.* 273, 274 (1999).

¹² The Hague Convention Relating to the Uniform Law on the International Sale of Goods, July 1, 1964, 834 U.N.T.S. 107, available at <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm>.

¹³ The Hague Convention Relating to a Uniform law on the Formation of International Contracts for the Sale of Goods, July 1, 1964, 3 I.L.M. 864, available at <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulf.htm>.

¹⁴ Those nine countries are Great Britain, Belgium, Israel, Italy, Northern Ireland, Federal Republic of Germany, Gambia, Holland and San Marino. JORGE ADAME GODDARD, *EL CONTRATO DE COMPRVENTA INTERNACIONAL* 11 (1994).

¹⁵ *Id.* at 10.

¹⁶ Jack G. Stern, Note, *A Practitioner's Guide to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 16 *N.Y.U. J. INT'L L. & POL.* 81, 81 (1983).

¹⁷ See Kurt H. Nadelmann, *The Uniform law on the International Sale of Goods: A Conflict of Laws Imbroglia*, 74 *YALE L.J.* 449, 449 (1965).

¹⁸ Jack. G. Stern, *supra* note 16, at 1.

character of the concepts the laws employed showed an apparent indifference to the third world and socialist countries.¹⁹

The ongoing criticism of both treaties and the refusal of other countries to accept them, prompted the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) to create a working group to draft new treaties that would be more broadly acceptable.²⁰ The UNCITRAL's working group drafted two new documents based on the ULIS and ULF. These documents were approved by UNCITRAL in its tenth and eleventh sessions²¹ on December 16, 1978.²²

Once approved, it was decided by the commission that the two documents were to not be used separately but rather in unison. Therefore, they were merged into a single text composed, originally, of eighty-two articles²³ and were presented for approval to the United Nations General Assembly.²⁴ Once this was accomplished, the Assembly called for a diplomatic conference to discuss the document. The conference ultimately extended to twelve plenary sessions and two special commissions.²⁵

The outcome of these efforts was the addition of six significant articles; the project of the final provisions consisting in twelve additional articles; and the creation of the protocol of amendments to the Convention of prescription on the international sale of goods.²⁶

Ultimately, UNCITRAL adopted the draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1978.²⁷ Two years later, the United Nations

¹⁹ For instance, the ULIS paid the little attention to problems of overseas shipments; it had an imbalance in the rights and obligations of the parties which favored manufacturing countries over developing nations; and its scope of application was too broad, since its provisions could be applied even to non-ratifying States. *Id.*

²⁰ Bailey, *supra* note 11, at 1, 2.

²¹ Adame Goddard, *supra* note 14, at 10.

²² *Id.* at 11.

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ Bailey, *supra* note 11, at 2.

organized a conference in Vienna, Austria, to consider the adoption of the draft of 1978 as a treaty. After a few amendments proposed by the committees of the conference, on April 11th 1980, the participating countries unanimously adopted the CISG.²⁸

The combination of the different steps towards creating the CISG led to a final agreement on the main purposes of the UNCITRAL: the collaboration in the creation of a new international economic order, the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit, the adoption of uniform rules governing contracts for the international sale of goods, the removal of legal barriers in international trade, and the promotion of the development of international trade.²⁹

Achieving these objectives would obviously require acceptance of the CISG by a large number of States. In a world of varied governmental schemes and legal traditions, obtaining broad approval of the Convention was likely to be a challenging task. Due to an awareness regarding these differences in legal traditions and the difficulties they created, the drafters of the CISG sought to resolve the differences among the civil law tradition, the common law tradition, the socialist and capitalist governments, as well as industrialized, developing and third world countries.³⁰

Representatives of both the common law and civil law traditions figured prominently in the drafting process leading to the creation of the CISG. However,

²⁸ The countries represented in the Conference were The Federal Republic of Germany, Argentina, Australia, Austria, Belgium, Burma, Bolivia, Brazil, Bulgaria, Canada, Czechoslovakia, Chile, China, Cyprus, Colombia, Costa Rica, Denmark, Egypt, Ecuador, Spain, United States, Philippines, Finland, France, Ghana, Greece, Holland, Hungary, Luxemburg, Mexico, Niger, Norway, Pakistan, Panama, Peru, Poland, Portugal, Republic of Korea, Democratic Republic of Germany, Soviet Socialist Republic of Belarus, Soviet Socialist Republic of Ukraine, Rumania, United Kingdom of Great Britain and North Ireland, Singapore, Sweden, Switzerland, Thailand, Tunes, Turkey, Union of Soviet Socialist Republics, Uruguay, Yugoslav, and Zaire. ALEJANDRO M. GARRO & ALBERTO L. ZUPPI, *supra* note 10, at 22.

²⁹ CISG, *supra* note 3, Preamble.

³⁰ Note, *Unification and Certainty: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 97 HARV. L. REV. 1984, 1984 (1984).

the treaty is, in a sense, a *sui generis* body of law due to the fact that it is not based entirely on either tradition, but rather borrows liberally from both.³¹ In fact, it often creates innovations that are not inspired by either tradition.

I.II CISG Structure

The CISG is divided into four parts, seven chapters, twelve sections and one hundred and one articles.³² The first part defines the scope of the CISG and contains several general provisions. Part Two contains rules governing the formation of contracts for the international sale of goods. Part Three covers the rights and obligations of the buyer and seller arising from a contract for the sale of goods. The fourth part includes various final provisions related, among other things, to the signature, ratification, accession, declarations and depositary of the CISG.³³

The Convention sections on remedies consist of those governing remedies for breach of contract by a seller (articles 28, 46 to 52 and 74 to 77), and those governing remedies for breach of contract by a buyer (articles 28, 62 to 65 and 74 to 77). These two groups of CISG articles, coupled with related articles such as 50, 72, 73, and 81 to 84, collectively provide the aggrieved party, in an international sales contract, the remedies of specific performance, damages, and avoidance of the contract.³⁴

³¹ Andrew J. Kennedy, Recent Developments: *Nonconforming Goods Under the CISG—What's a Buyer to Do?*, 16 DICK. L. REV. 319, 319 (1998).

³² Explanatory note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

³³ *Id.*

³⁴ CISG, *supra* note 3. When the goods that are the subject of the contract are not conforming, the CISG also provides a few other remedies. One is price reduction, derived primarily from the civil law tradition. *Id.* at art. 50 (“If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have

I.III The Remedy of Specific Performance

The remedy of specific performance is rooted in the principle of *pacta sunt servanda*.³⁵ According to this principle, contractual promises must be kept, and the parties must act to ensure satisfactory completion of their obligations.³⁶

One way of formulating the remedy of specific performance is “when a party in a contract does not perform its obligations, the other party may claim performance by the breaching party in accordance with the contract”.³⁷ The right to require performance of the contract is essentially contained in articles 62, 46 (1), (3), 65, 50, 47, 63 and 28.

I.III.1 Seller’s right to Specific Performance

Article 62 of the CISG gives the seller the right to require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations under the contract, unless the seller has resorted to an inconsistent remedy.

According to Peter Schlechtriem, who is considered to be an authority in matters related to the CISG, the only remedy incompatible with the remedy of specific performance is avoidance. Yet, Schlechtriem argues that in any case in which the claim for specific performance and the claim for damages aim to compensate the same interest, and there is a possibility that the remedies of

had at that time....”). Another potential remedy is substitution of goods. *Id.* at art. 46(2) (“If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach....”). Another possible remedy is repair of the goods. *Id.* at art 46(3) (“If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless....”).

³⁵ Robert Bejesky, *The Evolution in and International Convergence of the Doctrine of Specific Performance in Three Types of States*, 13 *IND. INT’L & COMP. L. REV.* 353, 353 (2003).

³⁶ *Id.*

³⁷ Charles Borek, *Remedies*, 2003 *MD. INST. FOR CONTINUING PROF. EDUC. LAW*, 2.

specific performance and damages might result in double recovery, the remedy of damages would be incompatible with specific performance as well.³⁸

Professor Honnold, amongst many others who will be mentioned throughout this thesis as reliable sources of legal opinions on the CISG, suggests that, the remedies of specific performance and damages are generally incompatible and that incompatibility arises from the facts of the transaction and the timing of the case when the remedies are solicited.³⁹ An example of such a case is one where a party (buyer) does not receive the agreed amount of goods and chooses to arrange a substitute transaction for the rest of the goods. This latter transaction is performed by buying the goods from a substitute seller at a higher price. Because of this course of action, the buyer is entitled to damages measured by the price of the substitute transaction minus the original price. Another option the buyer may choose is to claim specific performance for the delivery of the amount of goods pending. However, the buyer may not claim both remedies simultaneously as they are clearly incompatible.

I.III.2 Buyer's right to Specific Performance

Article 46 (1) of the CISG gives the buyer the right to require performance by the seller. The viability of such right could only be at risk if the buyer resorted to a remedy, which is inconsistent with the remedy of specific performance. Section (2) of article 46 provides that, if the goods do not conform to the

³⁸ PETER SCHLECHTRIEM, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS 378 (1998).

³⁹ CALVO CARAVACA ALFONSO & FERNANDEZ DE LA GANDARA LUIS, CONTRATOS INTERNACIONALES 302 (1997).

contract,⁴⁰ the buyer may require the seller to deliver substitute goods, provided that the nonconformity amounts to a fundamental breach of contract.⁴¹

It is undisputed that the right to ask for the replacement of nonconforming goods is a variety of the remedy of specific performance.⁴² The buyer's right to require delivery of substitute goods may derive from a contract of sale of generic or specific goods.⁴³ In the first case, the lack of conformity is remedied by delivering other goods of the same generic type. In the second case, the

⁴⁰ The main standards for conformity are set out in Article 35 of the CISG:

(1) The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.

(2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they: a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used; b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except when the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgment; c) possess the qualities of goods which the seller has held out to the buyer as a sample or model; d) are contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods;

(3) The seller is not liable under subparagraphs (a) to (d) of the preceding paragraph for any lack of conformity of the goods if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity. CISG, *supra* note 3.

⁴¹ According to article 25 of the CISG,

A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result. *Id.*

⁴² SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 376, 377.

⁴³ A contract of sale of generic goods defines the amount, quality, weight or measure—sometimes even the quality—of the goods subject to a contract. And a contract of sale of specific goods defines the goods subject to a contract individually, eliminating the possibility of confusing them with other goods—even of the same type—.

nonconformity is cured only by delivering the particular goods agreed in the contract.

The right to replacement goods is subject to two important restrictions. The first is that the right to ask for the replacement of the goods is available only when the lack of conformity constitutes a fundamental breach. The second is that the right to replacement goods, like other CISG remedies, is contingent upon giving the seller the notice of nonconformity required by article 39 (1).⁴⁴

Section (3) of article 46 elaborates another aspect of the remedy of specific performance. It states that, if the goods do not conform to the contract, the buyer may require the seller to repair the nonconformity. According to Peter Schlechtriem, the seller may “repair” by fixing the goods, replacing any defective components, or installing parts originally missing.⁴⁵ However, if repairing the nonconformity is unreasonable due to specific circumstances, the seller is no longer required to repair it. Two examples of such circumstances include the loss or decrease of value due to repair (i.e., when electronic equipment is repaired its value diminishes considerably) and the unreasonable cost of repair.

Like the remedy of replacement, the remedy of repair has two limitations. First, the buyer must give a timely notice of nonconformity to the seller in compliance with article 39 (1). Second, article 46 (3) expressly provides that resort to the remedy of repair must be conducted in reasonable circumstances.

I.III.3 Price Reduction

Article 50 of the CISG gives the buyer another way to obtain specific performance of contractual obligations through the adaptation of the post-delivery

⁴⁴ According to Article 39(1) of the CISG:

“The buyer loses the right to rely on lack of conformity of the goods if he does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it”.

⁴⁵ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 392.

contractual situation.⁴⁶ According to article 50 “If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value of the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time...”.⁴⁷

The buyer’s right to reduce the contract price due to nonconformity of the goods delivered by seller may be exercised in conjunction with a resort to the remedy of damages.⁴⁸ Indeed, according to the principle of “total recovery of damages”, the aggrieved party may, according to article 50, be able to claim loss of profit as well.⁴⁹

Professor Schlechtriem has suggested a formula for computing the price reduction permitted by article 50 of the CISG.⁵⁰ He establishes that “the reduced price should bear the same relationship to the contractual price as the value of the goods delivered at the time of delivery bears to the hypothetical value that conforming goods would have had at that time. When determining the reduced price the following formula should be applied:

⁴⁶ According to Professor Schlechtriem, “The principle underlying price reduction is that the buyer may keep non-conforming goods delivered by the seller, in which case the contract is adjusted to the new situation: the price is reduced, just as if the subject matter of the contract had from the outset been the non-conforming, less valuable goods actually delivered. Price reduction should therefore be regarded as adaptation of the contract not an award of damages.” *Supra* note 38 at 437, 438.

⁴⁷ According to Peter Schlechtriem, the right to reduce the price (better known as *quanti minoris*) originates in the edicts of the *aediles curules* on the sale of slaves and draught animals on the Roman market. *Id.* at 437.

⁴⁸ According to Peter Schlechtriem, “The buyer is entitled to combine price reduction with a claim for damages under Article 45 (1)(b) (Article 45 (2)).” *Id.* at 444.

⁴⁹ ALEJANDRO OSUNA, *COMPRAVENTA INTERNACIONAL* 186 (2004).

⁵⁰ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 441.

Reduced price = $\frac{\text{Value of the goods delivered}}{\text{Contract price}}$ × Hypothetical value of conforming goods

Or

Reduced price = $\frac{\text{Value of the goods delivered} \times \text{Contract price}}{\text{Hypothetical value of conforming goods}}$.”

This buyer’s right to reduce the price is limited by the buyer’s obligation to give the seller timely notice of any nonconformity under article 39, and by the priority of seller’s rights to cure under articles 37 or 48.

I.III.4 The Right to Fix an Additional Period of Time to Perform

Articles 47 and 63 give buyer and seller, respectively, the right to fix an additional period of time for performance of the other’s obligations. This right is also considered as an aspect of the remedy of specific performance.⁵¹ The additional period of time, granted by the aggrieved party to the dilatory or breaching party, must be of reasonable length.⁵²

According to Peter Schlechtriem, the circumstances that should be taken into account in assessing the reasonableness of the length of the additional period of time to perform are, amongst others: the length of the original contractual period to perform, the nature of the breaching party’s obligation,

⁵¹ According to Peter Schlechtriem, *supra* note 38 at 395, 396, “A demand for performance, without fixing a date for performance, is insufficient.” *Id.* That applies also in regard to urgent demands, e.g. to deliver “immediately” or “as quickly as possible”. *Id.* When fixing the additional period of time the buyer must demand performance. *Id.*

⁵² *Id.* at 396.

and the nature of the impediment to performance within the time originally specified in the contract.⁵³

During the additional period of time, the party awaiting performance may not resort to any remedy for breach of contract, unless he receives notice from the breaching party, declaring that performance will not be forthcoming within the additional period of time. Failure to perform within the additional time specified in a *nachfrist* notice,⁵⁴ gives the aggrieved party the right to declare the contract avoided (whether or not the failure to perform amounts to a fundamental breach of contract).⁵⁵

I.III.5 Request for the Remedy of Specific Performance

Article 28 of the CISG sets forth one extremely important limitation on the availability of specific performance under the Convention: it provides that, if in accordance with the Convention, one party is entitled to request the remedy of specific performance; a court is, nonetheless, not bound to enter a judgment for that remedy, unless it would do so under its own law in respect to similar contracts of sale not governed by the CISG.

Article 28 presents several interpretative difficulties. The first is its use of the phrase “judgment of specific performance”.⁵⁶ It is probable that lawyers

⁵³ *Id.* at 397.

⁵⁴ “The *nachfrist* notice is designed to give the seller in breach a second delivery chance; once sent, the buyer must await the seller’s reaction. During the period fixed, the buyer may not resort to any remedy he might otherwise have by virtue of the breach”. LOOKOFKY *infra* note 179, at 2.

⁵⁵ *Id.* at 394.

⁵⁶ According to article 28 of the CISG,

If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgment for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention. *Id.*

from common law traditions and those from civil law traditions would provide considerably different interpretations to that phrase.⁵⁷

In the common law tradition, the remedy of specific performance is granted only exceptionally as an alternative remedy where there is not an adequate and complete remedy at law by way of compensation in damages,⁵⁸ or where the promisee has a special interest in such performance.⁵⁹ On the other hand, in the civil law tradition, the remedy of specific performance is primary. In light of the principle of *pacta sunt servanda*, the party in breach should not have the right to 'buy himself free' from the contract.⁶⁰

Article 28 also uses the phrase, "its own law", which is at least susceptible of different interpretations. However, the most recognized is the interpretation by scholars and practitioners who use it as a reference to the domestic law of the court's forum State, excluding its rules of private international law and conflicts of law.⁶¹

Peter Schlechtriem summarizes the approach of article 28 as: "if a contracting State's substantive law is based on the principle that a claim for specific performance should be granted only where the promisee has a special interest in performance and that a promisor should normally be entitled to require the promisee to accept compensation in damages instead of specific performance" the same principle extends to international sales contracts.⁶²

⁵⁷ John Fitzgerald, *CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec*, 16 J.L. & COM. 291, 305 (1997).

⁵⁸ Borek, *supra* note 37, at 1.

⁵⁹ Cf. Zweigert/Kotz, Vol. 2, p 192 *et seq.*, On the historical development of those rules cf. Rheinsteint 22, 38, 125, 139; Zimmermann, 776 *et seq.* Cited by: SCHLECHTRIEM PETER, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford, 199 (1998).

⁶⁰ Dolle/von Caemmerer, Art. 61 EKG, paragraph 9. Cited by: SCHLECHTRIEM PETER, "Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)", Pp. 199, Oxford, 1998.

⁶¹ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 205.

⁶² *Id.*

Regarding the third ambiguous phrase, it seems reasonable to understand the CISG interpretation of “similar contracts of sale” as including contracts which do not fall within the scope of CISG article 2.⁶³ However, Professor Schlechtriem has offered a narrower interpretation by suggesting that “Similar contracts of sale within the meaning of article 28 are always national contracts of sale which give rise to the same obligations as the actual contract upon which the court must decide”.⁶⁴

I.IV The Remedy of Avoidance

The remedy of avoidance permits one party to withhold his performance of the contract because the other party has not performed his obligations. Under the CISG, exercise of the remedy of avoidance requires that the other party have committed a fundamental breach of the contract of sale.⁶⁵ A party entitled

⁶³ Article 2 of the CISG excludes the following sales from its scope: a) sales of goods bought for personal, family or household use, b) sales by auction, c) sales on execution or otherwise by authority of law, d) sales of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money, e) sales of ships, vessels, hovercraft or aircraft, and f) sales of electricity. CISG, *supra* note 3.

⁶⁴ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 207.

⁶⁵ Article 49 of the CISG states:

(1) The buyer may declare the contract avoided: (a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or (b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed. (2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so: (a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made; (b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time: (i) after he knew or ought to have known of the breach; (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not

to avoidance of a contract may, however, collect damages after avoidance, because avoidance and damages are, in principle, not contradictory remedies.⁶⁶ Therefore, if a breach of contract is not fundamental, the aggrieved party's remedial options are limited to specific performance (–provided its prerequisites are fulfilled–) and/or damages.

I.IV.1 Preconditions for Avoidance by Buyer and Seller

Articles 49 and 64 of the CISG establish the preconditions under which the buyer and the seller, respectively, may declare the contract avoided.⁶⁷ Indeed, the structure of article 64, which sets out the seller's right to avoid the contract

perform his obligation within such an additional period; or (iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance. CISG, *supra* note 3.

Article 64 of the CISG states:

(1) The seller may declare the contract avoided: (a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or (b) if the buyer does not, within the additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, perform his obligation to pay the price or take delivery of the goods, or if he declares that he will not do so within the period so fixed. (2) However, in cases where the buyer has paid the price, the seller loses the right to declare the contract avoided unless he does so: (a) in respect of late performance by the buyer, before the seller has become aware that performance has been rendered; (b) in respect of any breach other than late performance by the buyer, within a reasonable time: (i) after the seller knew or ought to have known of the breach; or (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, or after the buyer has declared that he will not perform his obligations within such an additional period. *Id.*

⁶⁶ Robert S. Rendell, *The New U.N. Convention on International Sales Contracts: An Overview*, 15 BROOK. J. INT'L L. 23, 36 (1989).

⁶⁷ According to Article 26 of the CISG: "A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party." CISG, *supra* note 3.

for buyer's breach, is parallel to that of article 49, which provides the buyer's right of avoidance for seller's breach.

The first precondition provided by both articles is the occurrence of a "fundamental breach". This concept is clearly defined by article 25 of the CISG, "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract...". The second precondition is a party's non-performance within the additional period of time fixed by the other party. In this particular case it is necessary that the seller fail to perform his obligation to deliver under article 31 or comply with the specific time rules of article 33 of the CISG.⁶⁸

I.IV.2 Avoidance of the Contract Based on Anticipatory Breach

The provisions of the CISG offer a party to a sale contract two possible responses when faced with an anticipatory breach by the other party to the contract. The first is the right to suspend performance and the second is the right to stop delivery of goods already dispatched.

Article 71 of the CISG gives the aggrieved party the right to suspend performance of his own obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations.⁶⁹

⁶⁸ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 421.

⁶⁹ Article 71 of the CISG provides:

(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of: (a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or (b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract. (2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over the goods to the buyer even though the buyer

The same Article offers both the seller and the buyer two rights to deal with lack of performance. From the seller's point of view, the article provides two different rights when faced with a buyer's anticipatory breach. The first right 71(1) implicitly authorizes the seller to withhold delivery of the goods, if it is apparent that the buyer will not perform a substantial part of his obligations. The second one 71(2) gives the seller a right to stop delivery of goods already dispatched, if the grounds for suspension first become evident after dispatch.⁷⁰ From the buyer's perspective, article 71 provides the right to suspend performance, which may consist in his refusal to pay or his rejection of the goods. This refusal may stem from a clear willingness on the seller's part to breach the contract due to the seller's serious deficiency in his ability to perform, his creditworthiness, his conduct in preparing to perform or performing the contract.

Article 71(3) imposes two requirements upon a party exercising his right to suspend performance. First, the party must provide immediate notice of suspension to the other party. Second, he must resume performance if the other party provides adequate assurance of performance.

The CISG does not define the concept of "adequate assurance of performance", which should be determined on a case by case basis. Nonetheless, scholars such as Garro and Zuppi have suggested that, even in cases where the adequate assurance does not amount to a full performance, it should be required that the assurance prevent a fundamental breach of contract. Moreover, that assurance should at least cover the amount of damages that could result from an eventual breach of contract.⁷¹

holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller. (3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance. *Id.*

⁷⁰ ALFONSO & DE LA GANDARA LUIS, *supra* note 34, at 302.

⁷¹ GARRO & ZUPPI, *supra* note 34, at 194.

Another situation in which the CISG fails to expressly articulate consequences is presented by article 71(1)(b). If one party's conduct causes the other party to suspend performance and the party responsible for the suspension fails to respond to the suspension with adequate assurance of performance, there are no clear consequences expressly articulated in the CISG. If, however, a court concluded that the failure to provide adequate assurance of performance is equivalent to an express refusal to perform under article 72(3), then the suspending party could declare the contract avoided.

If prior to the date of performance, it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach, the other party may declare the contract avoided under article 72. Thus, this Article is parallel to articles 49 and 64 in requiring a fundamental breach of contract as a necessary condition for a declaration of avoidance. Moreover, article 72 (2) requires any party intending to declare a contract avoided to give reasonable notice to the other party, if time permits. The express purpose of the notice requirement is to enable the other party to provide adequate assurance of performance. The obvious inference from the text is that, if the party intending to avoid the contract actually receives adequate assurance of performance from the other party, the right to avoid is lost.

I.IV.3 Avoidance of an installment contract

Article 73 sets forth the last variety of the right to avoid a contract available to an aggrieved party under the CISG. Specifically, a declaration of avoidance is authorized when a fundamental breach occurs under an installment contract. Article 73 actually provides three separate grounds for avoidance in the context of an installment contract.

The first is a right of partial avoidance. When a party's failure to perform any of his obligations in respect to any installment constitutes a fundamental breach of contract with respect to that installment, the other party may declare the contract avoided with respect to that installment.

The second ground for avoidance happens when a party's failure to perform any of its obligations regarding any installments gives the other party a reason to conclude that a fundamental breach will occur with respect to future installments. In this case, he may declare the contract avoided for future installments also.

The last reason to declare a contract avoided is the interdependence of successive installments. In other words, if different items shipped in different installments are of no use to the promisee, because of defects in one or more installments, the contract is avoided. Due to the fact that the items are interdependent, the deficient delivery directly disturbs the whole or a large part of the contract. The promisee therefore has the right to declare the contract avoided for deliveries already made as well as for future deliveries.⁷² According to Professor Schlechtriem "Article 73(3) is closely dependent on article 73(1), because both the declaration of avoidance regarding the delivery received and the declaration of avoidance on the subject of future deliveries must be made at the same time"⁷³.

I.IV.4 Effects of Avoidance

The effects of avoidance of a contract within the CISG are addressed in article 81. The first effect of the avoidance of the contract is the termination of the contractual nexus between the parties; in other words, as a consequence of the avoidance of the contract, the contractual relation of the parties is over and they are released from their obligations under it.⁷⁴ Another effect of the

⁷² SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 549.

⁷³ *Id.* at 549.

⁷⁴ Article 81(1) of the CISG provides:

Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it, subject to any damages which may be due. Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract. *Id.*

avoidance of the contract is the imposition of an obligation on both of the parties to make restitution of whatever they have received under the contract, in the event either or both parties have performed completely or partially.

Under article 82 of the CISG the buyer loses the right to declare the contract avoided, if it is impossible for him to restore the goods to the seller substantially in the condition in which the buyer received them. However, article 82 expressly provides three exceptions to the forfeiture of the avoidance remedy. The buyer's inability to make restitution will not preclude avoidance under the following three circumstances: a) when the impossibility of restoring the goods in substantially the same condition as received is not due to the buyer's act or omission; b) if the goods (or part of the goods) delivered to the buyer have perished or deteriorated as a result of the examination the buyer is permitted to make under article 38; or c) if the goods (or part of the goods) delivered have been sold, transformed or consumed in the normal course of business before the buyer discovered or should have discovered the nonconformity of the goods.

The most obvious obligation of the seller concerning restitution is to refund any total or partial payment of the price under a contract that has been avoided. Article 84 (1) provides that a seller who is bound to refund the price must pay interest on it, from the date on which the price was paid.

I.V The Remedy of Damages

Article 74 of the CISG defines the compensation that the aggrieved party is entitled to receive as damages, when there is a breach of contract.⁷⁵ As a

⁷⁵ Article 74 provides:

Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have been foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract. CISG, *supra* note 3.

general matter, the damage remedies under the CISG protect the expectation interest of the aggrieved party.⁷⁶ To be precise, the purpose of the damage remedies is to put the aggrieved party in the position he would have occupied had the contract been performed. The text of article 74 seeks to clarify that lost profits are to be considered a component of lost expectancy. Some scholars such as Calvo Caravaca and Fernández de la Gándara have argued that the recovery authorized by article 74 also includes damages for incidental⁷⁷ and consequential⁷⁸ losses.⁷⁹

Another concept related to damages is interest on unpaid sums. When addressing recovery of interest on delinquent payments, practitioners have claimed interest on unpaid sums based on the letter of article 78 of the CISG.⁸⁰ Notwithstanding the broad scope of the damage remedy authorized by article 74, the article does contain one express limitation on damages. Specifically, it limits the liability of the party in breach to the loss he foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in light of the circumstances that were known or ought to have been known. This restraint, known as the foreseeability rule, “is an instruction to the judge to limit the promisor’s liability for damages, taking into account the risk which the promisor could foresee upon conclusion of the contract”.⁸¹

⁷⁶ GARRO & ZUPPI, *supra* note 10, at 206.

⁷⁷ Incidental damages have been defined as the “losses reasonably associated with or related to actual damages”. BLACK’S LAW DICTIONARY 395(7th ed. 1999).

⁷⁸ Consequential damages have been defined as the “losses that do not flow directly and immediately from an injurious act, but that relate indirectly from the act”. *Id.* at 394.

⁷⁹ ALFONSO & DE LA GANDARA LUIS, *supra* note 70, at 317.

⁸⁰ Article 78 of the CISG provides:

“If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.”

⁸¹ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 567.

I.V.1 Substitute Transactions

Article 75 adapts the CISG damage scheme to the specific cases in which the parties respond to a breach by making substitute purchases or sales. If after avoidance of the contract, in a reasonable time and manner, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction as well as any other damages recoverable under Article 74.

On the other hand, article 76 of the CISG covers cases in which the aggrieved party has not arranged a substitute transaction. It provides that, if the aggrieved party has not entered into a replacement transaction after avoiding the contract and there is a current price for the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the current price at the time of avoidance plus any further recoverable damages under article 74.

Nevertheless, there is one express exception to the general rule of Article 76. If the party claiming damages has avoided the contract after taking over the goods, the current price at the time of such taking over is used to measure damages instead of the price current at the time of avoidance.

I.V.2 Mitigation of Damages

Article 77 of the CISG imposes an obligation on the party relying on a breach of contract to take measures that are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit. The obligation imposed on the aggrieved party to mitigate the loss is considered an act of good faith, and is likewise supported by policies favoring certainty, fairness and commercial efficiency.⁸²

Article 77 limits the right of the plaintiff—or claimant—in a contract action to recover damages if he could have mitigated or prevented them. More

⁸² ALFONSO & DE LA GANDARA LUIS, *supra* note 70, at 321.

specifically, article 77 provides that the failure of the aggrieved party to take measures to mitigate authorizes the breaching party to claim a reduction of damages in the amount by which the loss should have been mitigated.

I.VI Exemption

The first paragraph of article 79 of the CISG provides that a party is not liable for his failure to perform any obligation under the contract if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

Article 79 provides four requisites to exoneration of a party for his failure to perform under a contract. First, the fact causing the impediment must be totally unrelated to debtor and situated out of his area of influence. Second, the exoneration must relate to the unpredictability and inevitability of the fact of the impediment. Third, the fact in question must impede a party from performing his obligations. Fourth, a causal nexus between the fact of impediment and the impossibility to perform is required.

In light of the content of the first paragraph of article 79, some scholars such as Garro and Zuppi, argue that it establishes the criteria to interpret any vague or ambiguous clause of *force majeure* or *hardship* contained in an international sales contract.⁸³

The second paragraph of article 79 provides an exemption rule when one party's non-performance is due to the failure of a third party to perform under the contract. It exempts a party who has engaged a third party to perform the contract when the latter does not do so if the first party qualifies for exemption under the first paragraph of article 79 and if the third party would likewise qualify under that paragraph if it were applied to him. Nevertheless, both

⁸³ GARRO & ZUPPI, *supra* note 10, at 278, 279.

sections of article 79 are subject to two limitations. First, the exemption has effect only for the period during which the impediment exists. Second, the breaching party is obligated to give notice of the impediment to perform.

CHAPTER II – Mexican law on sales remedies of *Cumplimiento Forzoso*, *Rescisión* and *Daños y Perjuicios*

II.I History of the Mexican law on sales

The Mexican Commerce Code that is currently being applied on Mexican territory was promulgated in 1889 and entered into force in 1890.⁸⁴ Although fundamentally founded on the Spanish Commerce Code of 1885⁸⁵ and indirectly

⁸⁴ ADRIANO QUINTANILLA & ARCELIA ELVIA, *EL COMERCIO EXTERIOR DE MÉXICO*, MARCO JURÍDICO, ESTRUCTURA Y POLÍTICA 132, 162 (1989). Two Commerce Codes precede the Code of 1889. In 1829 the first Mexican commercial code was promulgated and remained in force from the presidency of Santa Anna in 1833 to 1854. This code is known as the “*Código de Lares*”. The commerce code of 1829 or “*Código de Lares*” represents the commercial independence of Mexico. Its main purpose was to replace the “*Ordenanzas de Bilbao*”. The models in which the “*Código de Lares*” was based were the commerce (commercial?) code of Spain, and the code of France of 1804, also known as the Napoleon code. Due to the instability of the country at that time, the “*Código de Lares*” did not have an extensive application. After the triumph of the Revolution of *Ayutla*, consummated with the fall of Santa Anna’s regime, the “*Ordenanzas de Bilbao*” were applied once again in the country⁸⁵. Notwithstanding, during the empire of Maximilian – from 1864 to 1867– the “*Código de Lares*” was applied once more in Mexico. However, its application was supplementary to the “*Ordenanzas de Bilbao*”. In 1883 constitutional reforms brought the Mexican federation the power to legislate in commercial matters. A year later, Manuel González, president of Mexico at that time, issued a commerce code known as the “*Código de Baranda*”. Even though this code represented an evident development in the commercial legislation, its application did not last long due to its constitutional incompatibility and to its practical faults.

⁸⁵ OSCAR CRUZ BARNEY, *HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO* 587 (1999).

sections of article 79 are subject to two limitations. First, the exemption has effect only for the period during which the impediment exists. Second, the breaching party is obligated to give notice of the impediment to perform.

CHAPTER II – Mexican law on sales remedies of *Cumplimiento Forzoso*, *Rescisión* and *Daños y Perjuicios*

II.I History of the Mexican law on sales

The Mexican Commerce Code that is currently being applied on Mexican territory was promulgated in 1889 and entered into force in 1890.⁸⁴ Although fundamentally founded on the Spanish Commerce Code of 1885⁸⁵ and indirectly

⁸⁴ ADRIANO QUINTANILLA & ARCELIA ELVIA, *EL COMERCIO EXTERIOR DE MÉXICO*, MARCO JURÍDICO, ESTRUCTURA Y POLÍTICA 132, 162 (1989). Two Commerce Codes precede the Code of 1889. In 1829 the first Mexican commercial code was promulgated and remained in force from the presidency of Santa Anna in 1833 to 1854. This code is known as the “*Código de Lares*”. The commerce code of 1829 or “*Código de Lares*” represents the commercial independence of Mexico. Its main purpose was to replace the “*Ordenanzas de Bilbao*”. The models in which the “*Código de Lares*” was based were the commerce (commercial?) code of Spain, and the code of France of 1804, also known as the Napoleon code. Due to the instability of the country at that time, the “*Código de Lares*” did not have an extensive application. After the triumph of the Revolution of *Ayutla*, consummated with the fall of Santa Anna’s regime, the “*Ordenanzas de Bilbao*” were applied once again in the country⁸⁵. Notwithstanding, during the empire of Maximilian – from 1864 to 1867– the “*Código de Lares*” was applied once more in Mexico. However, its application was supplementary to the “*Ordenanzas de Bilbao*”. In 1883 constitutional reforms brought the Mexican federation the power to legislate in commercial matters. A year later, Manuel González, president of Mexico at that time, issued a commerce code known as the “*Código de Baranda*”. Even though this code represented an evident development in the commercial legislation, its application did not last long due to its constitutional incompatibility and to its practical faults.

⁸⁵ OSCAR CRUZ BARNEY, *HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO* 587 (1999).

influenced by the Code of Napoleon, the 1889 Mexican Code also borrows concepts from the French, Italian, Belgian and Argentinean commercial codes.⁸⁶

The Code of 1889 introduced new concepts and criteria into commercial regulation. Amongst the most relevant innovations is the consolidation of the provisions governing the creation, performance and execution of commercial contracts into the first single comprehensive code.⁸⁷ The clarification of concepts such as commercial sale, as well as provisions relating to the formation, conclusion and termination of commercial sales, was also unprecedented.⁸⁸

II.II Mercantile and civil perspectives of the Mexican law on sales

Mexican contract law can be addressed from two different perspectives, the civil and the commercial. The civil perspective is regulated by the Civil Code and applies to non merchant transactions (civil contracts).⁸⁹ The commercial perspective, on the other hand, is regulated by the Commerce Code and applies to merchant transactions (commercial contracts). Nevertheless, despite the fact that Mexican contract law clearly has two major divisions, the way to determine whether a contract must be analyzed from the civil or commercial perspective that has been a matter of much discussion between jurists.

In order for a jurist to be able to address a contract appropriately, the contract will have to fall into a category unmistakably. Therefore, it becomes imperative to follow the criteria defining either the civil or the commercial

⁸⁶ JORGE BARRERA GRAF, INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL 28 (1991).

⁸⁷ QUINTANILLA & ELVIA, *supra* note 84, at 167.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ According to Article 3 of the Commerce Code, “a merchant is: I.- The person who has the legal capacity to practice commerce, makes it his ordinary occupation. II.- The corporations constituted according to the mercantile laws (for instance, the limited liability corporations). III.- The foreign corporations and their branches, which within the Mexican territory are involved in acts of commerce.” Código de Comercio [CÓD.COM.] [Commercial Code], 2005 (Mex.).

category in order to address the contract appropriately. For that purpose the Mexican Commerce Code recognizes three criteria for determining when a contract is commercial: the parties, the subject matter and the purposes involved in the transaction.⁹⁰ In other words, if the parties are merchants or at least one of them is, there is a commercial contract;⁹¹ if the subject matter (goods) involved in the transaction are “*cosas mercantiles*” the transaction will also be considered commercial.⁹² Finally, if the purpose of the transaction is commercial speculation it will be classified as a commercial contract as well.⁹³ Consequently, if any one of the three criteria is satisfied, the transaction will be classified as commercial. If, on the other hand, none of the criteria apply, the contract is clearly civil.

For the purposes of the present study, and because the body of law to be compared—the CISG— is commercial in nature, the commercial perspective, based on the Commerce Code is primary. Even though the most fruitful comparisons will be to the Commerce Code, on many occasions supplementation by references to the Civil Code will have to be made, because

⁹⁰ ARTURO DÍAZ BRAVO, *CONTRATOS MERCANTILES* 136 (2005).

⁹¹ *Id.* at 138, 139.

⁹² “*Cosas mercantiles*” means mercantile things literally. The laws defining the scope and legal meaning of this term in Mexico are: the one established in article 75 fractions III, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI and XIX of the Commerce Code; Articles 1, 5 fracc. II, and 67 of the Navigation Law; Article 1 of the Law of Titles and Credit Operations; and Art. 2 fracc. V of the Law of Industrial Property. (For instance, corporation shares, trademarks, insurance contracts, letters of credit, transportation contracts, etc. are considered *cosas mercantiles*).

⁹³ Understanding by “speculation” the procurement for a profit in mercantile traffic and/or, according to Art. 371 of the Commerce Code “the transactions made with the direct and paramount purpose of trafficking”. The term “commercial speculation” must be construed to refer to a commercial activity only; in other words, in order for a sale to be considered speculative, is required to be a part of a series of similar commercial operations. DÍAZ BRAVO, *supra* note 90, at 137. Therefore, an occasional sale will not be considered speculative, because even though it may produce a profit, is not considered commercial. *Id.*

the Civil Code is mandatory in questions not resolved by the Commerce Code or other mercantile laws.⁹⁴

II.III Structure of the Mexican Law on Sales

Because of the complexity and the manner in which the structures of Mexican commercial and civil codes are organized, one might be confused when trying to find information regarding the remedies for sales contracts. Therefore, the purpose of this section is to present the commerce and civil codes in a logical and organized manner.

It is through an examination of the numerous sections, titles and chapters of the commercial code that one is able to discern its regulation of sales. Of all its sections, the one that seems to have the largest amount of information regarding commercial sales is Section Two. It is in this section that the definition of acts of commerce and the commercial contract in general are found (more exactly, under Title One, Chapters One and Two). Additionally, Title Six, Chapter One, addresses the sales contract in particular.⁹⁵

On the other hand, despite having the same kind of organization (sections, titles and chapters) as the commerce code, the federal civil code also includes a chapter on nonperformance of contractual obligations (in addition to a chapter on sales contracts).⁹⁶

⁹⁴ Article 2o. of the Commerce Code “ In matters not covered by this Code nor by the other mercantile laws, the Federal Civil Code would be applicable to acts of commerce.”

Código de Comercio [CÓD.COM.][Commercial Code], 2005 (Mex.).

⁹⁵ Código de Comercio [CÓD.COM.][Commercial Code], 2005 (Mex.).

⁹⁶ Código Civil Federal [C.C.F.][Federal Civil Code], 2001 (Mex.).

II.IV The remedy of *Cumplimiento Forzoso*

Under the Mexican law on sales, the principle of private contractual autonomy is fundamental.⁹⁷ The law grants the parties the power to decide freely whether to contract or not, and the power to agree on the content of the contract.⁹⁸ However, the private autonomy of the parties to contract is limited by norms of public order, third party rights, and morality and rules of good order.⁹⁹

The principle of private autonomy in the Mexican civil law system contains four aspects: a) legal capacity; b) social protection of the right of freedom to contract; c) protection of a valuable legal interest; and d) creation of concrete and obligatory juridical relations between the parties. The last proposition will be analyzed in detail since it gives rise to a key principle of Mexican contract law.

According to Galindo Garfias, there are three reasons why contracts are enforced: voluntarism, ethical principle, and normative factor.¹⁰⁰ The voluntarism component consists in the freedom of the contracting parties to perform the contract; the ethical principle is based on the parties' good faith and mutual trust; and, the normative reason rests on the principle that the clauses of the contract are enforceable by its parties.

Regarding the normative reason, Kelsen has asserted that, in theory, the contract requires the parties to follow it simply because it is a right given by the law.¹⁰¹ Kelsen asserts that a contract obliges its parties because they have created it in accordance to the law applicable in a given country.¹⁰² In other words, Kelsen considers a contract compulsory because he believes it is a personalized law for the parties, putting in this sense, the contract on the same level as a general law and judicial decisions.¹⁰³

⁹⁷ RICARDO TREVIÑO GARCÍA, *LOS CONTRATOS CIVILES Y SUS GENERALIDADES* 7,8,9 (2002).

⁹⁸ IGNACIO GALINDO GARFIAS, *TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS* 74 (1996).

⁹⁹ MANUEL BORJA SORIANO, *TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES* 123 (1984).

¹⁰⁰ *Id.* at 79.

¹⁰¹ LEONEL PEREZNIETO CASTRO, *INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO*, 104 & 105 (2005).

¹⁰² ROGINA VILLEGAS, RAFAEL, *LOS CONTRATOS CIVILES*, p. 169 (1996).

¹⁰³ *See* ADAME GODDARD, *supra* note 14, at 11.

II.IV.1 The remedy of *Cumplimiento Forzoso* under the commercial and civil codes

Today, the right to claim the *cumplimiento forzoso* of a contract, which is an option available to an aggrieved party, is found in article 376 of the Commerce Code, and in articles 1796 and 1949 of the Federal Civil Code.¹⁰⁴

Article 376 of the Commerce Code recognizes the right of the aggrieved party to claim the *cumplimiento forzoso* of a contract.¹⁰⁵ However, this right is limited by the requirement imposed on the aggrieved party to perform his own obligations under the contract before asserting the remedy.

In the Federal Civil Code, the principle of *pacta sunt servanda* appears in article 1796. That article, establishes the principle that, from the time a contract is concluded, the parties are obligated to its express terms and to its consequences according to good faith, usages and the law.¹⁰⁶

Article 1949 gives the aggrieved party the opportunity to choose between the remedy of *cumplimiento forzoso* and the remedy of *rescisión* of the contract.¹⁰⁷ Nevertheless, payment of *daños y perjuicios* is required in either case.¹⁰⁸ The letter of article 1949 appears to assert the incompatibility of the

¹⁰⁴ “*Cumplimiento forzoso*” literally translated to English means “enforced performance”. *Cumplimiento forzoso* is a remedy available to the aggrieved party in case of a breach of contract. It is analogous to the common law tradition’s remedy of specific performance.
¹⁰⁵ Article 376 of the Commercial Code provides that: “In regard to commercial sales, once a contract is concluded, the aggrieved party has the right to obtain, from the non performing party, *rescisión* of the contract or its *cumplimiento forzoso*, plus the *daños y perjuicios*.” Código de Comercio [Cód.COM.] [Commercial Code], 2005 (Mex.).

¹⁰⁶ Article 1796 of the Mexican Federal Civil Code, provides that: “...since the contracts are concluded, they oblige the parties to its fulfillment and to the consequences that, according to its nature, are in conformity to good faith, usages and the law.” Código Civil Federal [C.C.F.] [Federal Civil Code], Art. 1796, 2001 (Mex.).

¹⁰⁷ “*Rescisión*”, which translated to English is “termination of a contract for breach”, is a remedy available to the aggrieved party in case of breach of contract. It is analogous to the common law tradition remedy of avoidance.

¹⁰⁸ “*Daños y perjuicios*” which translated to English is “damages and loss of profit”, is a remedy available to the aggrieved party in case of a breach of contract. It is analogous to the common law tradition remedy of damages.

remedy of *cumplimiento forzoso* and the remedy of *rescisión*.¹⁰⁹ However, even if the aggrieved party chooses *cumplimiento forzoso* initially, he may nevertheless seek *rescisión* of the contract if *cumplimiento forzoso* becomes impossible.

Moreover, article 1949 clarifies that the remedy of *cumplimiento forzoso* may be claimed at the same time as the remedy of *daños y perjuicios*, which, in such a case, is a secondary remedy. However, it seems reasonable to conclude that, when the remedy of *daños y perjuicios* is exercised as a primary remedy—that is, alone—and thus aims to compensate the same interest as the remedy of *cumplimiento forzoso*, the two remedies become incompatible.¹¹⁰

II.V The remedy of *Rescisión*

In the Mexican civil law tradition, the right of the aggrieved party to claim *rescisión* of the contract is generally given by law, and not by an express or implied agreement of the parties.¹¹¹ However, there is an exception to this rule. According to the Mexican Supreme Court of Justice under the figure of “*pacto comisorio expreso*” or “*cláusula resolutoria expresa*”, the parties may expressly agree that by the mere effect of the breach, and without the intervention of a Tribunal, the contract becomes void automatically.¹¹² The purpose of the right to *rescisión* of the contract is to restore the precontractual positions of the parties by the dissolution of the juridical nexus between the parties.¹¹³

¹⁰⁹ Article 1949 of the Federal Civil Code, provides “...the aggrieved party may claim *cumplimiento forzoso* or *rescisión* of the contract, plus *daños y perjuicios* in both cases...”. Código Civil Federal [C.C.F.] [Federal Civil Code], 2001 (Mex.).

¹¹⁰ CALVO CARAVACA, *supra* note 39.

¹¹¹ *Supra* note 110.

¹¹² AMPARO DE MEXICO TRACTOR AND MACHINERY CO., S.A., Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], 6ta Epoca, 4ta. Parte, Volúmen I, Página 119 (Mex.).

¹¹³ JOSÉ RAMÓN SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO 119, 120 (1998).

The remedy of *rescisión* in Mexican law is derived from the French legal system, in which the intervention of a tribunal is necessary in order to verify the breach, to determine whether the breach is substantial enough to excuse the other party's performance, and to order *rescisión* of the contract.¹¹⁴

Sánchez Medal, has identified three prerequisites for the remedy of *rescisión*: a) the existence of a contract with reciprocal obligations, b) the fulfillment of the obligations of the contract by the aggrieved party, unless his obligations are not due at the time of the claim, and c) the non-fulfillment of the contractual obligations by the party against whom the right of *rescisión* is exercised. If these prerequisites are met and the breach is verified, the tribunal must determine whether the breach is substantial enough to excuse the other party's performance.¹¹⁵

Even though the third prerequisite (the breach being substantial enough) is not expressly provided by law, it is generally accepted by scholars and practitioners that, the mere fact of breach does not provide sufficient grounds to claim the remedy or *rescisión*.¹¹⁶ In order for the aggrieved party to have the remedy of *rescisión* available, the non fulfillment of the contractual obligations by the other party must be important, considering the particular interest of the affected party.¹¹⁷

There is no precise formula to assess the importance of the breach. Nonetheless, Sánchez Medal has asserted that, in order to measure the importance of the breach, the interdependence of the obligations must be evaluated. In other words, to determine the degree of importance of the breach, the causal relation between the breach and the loss of the interest of the aggrieved party in the performance, must be considered.¹¹⁸ This decisive factor, known as the objective criterion, is not based on the abstract valuation of the

¹¹⁴ *Id.* at 17.

¹¹⁵ *Id.* at 103.

¹¹⁶ *Id.* at 104.

¹¹⁷ *Id.* at 111.

¹¹⁸ *Id.* at 112.

breach, but on the concrete content of each agreement, considering all particular circumstances that led the aggrieved party to enter the contract.¹¹⁹

Mexican contractual law recognizes four main legal consequences of the remedy of *rescisión*. The first is the liberation of the affected party from his obligations under the contract.¹²⁰ Dispensing with performance by the aggrieved party is designed to prevent unjust enrichment of the party in default. The second consequence is the breaching party's liberation from his obligations under the contract.¹²¹ This is an inevitable consequence of the termination of the juridical nexus between the parties. The third consequence is the obligation of the party in breach to pay *daños y perjuicios* to the aggrieved party.¹²² The fourth consequence is the retroactivity of the resolution, i.e., the restoration of the *status quo* prior to the conclusion of the contract.¹²³ Such retroactivity of resolution requires the restitution of the performances that the parties have received from each other.

If specific restitution of one party's performance is not possible, the other party may make restitution of something equivalent, i.e., a corresponding amount of money, or similar goods when the subject matter of the contract is generic merchandise.¹²⁴

II.V.1 The remedy of *Rescisión* under the commercial and civil codes

II.V.1.1 Stoppage and anticipatory breach

Article 2286 gives the seller the right to withhold delivery of the goods when buyer has not paid the price. This remedy is not available for the seller when

¹¹⁹ *Id.* at 113.

¹²⁰ *Id.* at 119.

¹²¹ *Id.* at 120.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.* at 120-23.

¹²⁴ *Id.* at 126.

the sales contract includes a specific period of time for payment and that period has not expired. In that case, the seller must wait to exercise his remedies until the expiration of the period of time for payment fixed by the contract.

Article 2287 provides the possibility for the seller to withhold performance even when the contract specifies a period of time for payment when after the conclusion of the contract the seller finds out that the buyer has become insolvent. The seller may also withhold performance when he bears a great risk of losing the price (i.e., when it is clear that the buyer has fallen into a critical financial situation and has stopped paying his creditors), unless the buyer provides adequate assurance to the seller that he will pay the price.

Withholding performance is the prelude to *rescisión*. In the case of an anticipatory breach where the seller has exercised his right to withhold performance (delivery of the goods) and thus has prevented a loss, the necessary consequence is the *rescisión* of the contract.

II.V.1.2 Nonconformities or hidden defects in the goods

Under the Mexican legislation on sales contracts—specifically, as a consequence of article 2283 of the Federal Civil Code—the seller is liable for any nonconformity due to the existence of hidden defects in the goods delivered.¹²⁵

Article 2142 specifies that hidden defects amount to a non conformity, providing that: “hidden defects” are those that make the goods unfit for the use intended by the buyer, or diminish their usefulness for that purpose.¹²⁶

¹²⁵ Article 2283 provides, “The seller is obligated to: I. Deliver the goods; II. Guarantee the conformity of the goods delivered...” Código Civil Federal [C.C.F.] [Federal Civil Code], 2001 (Mex.).

¹²⁶ Article 2142 provides, “...the seller is liable for the hidden defects of the goods delivered that make them unfit for the agreed uses, or diminish such uses; this to the extent that, if the buyer had known of these defects prior to the conclusion of the contract, he would not contracted or would had paid less for the goods.” Código Civil Federal [C.C.F.] [Federal Civil Code], 2001 (Mex.).

The requisites for establishing hidden defects are: a) the existence of a defect in the goods; b) the existence of the defect prior to the conclusion of the contract; and c) the defect's effect of making the goods unfit for the ordinary or agreed use.¹²⁷ Hidden defects in the goods give the aggrieved buyer the option to claim either *rescisión* of the contract or a reduction of the price.¹²⁸

If the buyer elects *rescisión* of the contract he may claim *daños y perjuicios* as well, if he proves that the seller knew or could not have been unaware of the hidden defects.¹²⁹ Alternatively, if the buyer claims a price reduction, a court is entitled to reduce the price of the goods by an amount proportionate to reduction in their capacity to be used for the ordinary or agreed purpose.¹³⁰

II.V.1.3 Consequences of *Rescisión*

As previously mentioned in this chapter, there are four main consequences to the remedy of *rescission*. The first is the termination of the contractual nexus between the parties; the second consequence is that the aggrieved party is not required to perform his/her obligations under the contract; the third is the right of the aggrieved party to obtain *daños y perjuicios*; and the last consequence is the restitution of any performance that the parties have received from each other under the contract.

According to article 2311 of the Federal Civil Code, a seller that has delivered goods may obtain restitution of the goods, and, in addition, may claim an amount of money (to be fixed by experts), reflecting the value of the buyer's use of the goods and any deterioration in their condition. On the other hand, based on the same principle of restitution, article 2311 gives the buyer the right to claim restitution of the price (or any part of it) already paid to the seller, and, in addition, legal interest on the amount of money paid.

¹²⁷ TREVIÑO GARCÍA, *supra* note 97, at 122.

¹²⁸ *Id.* at 123.

¹²⁹ *Id.* at 123.

¹³⁰ *Id.* The remedy of price reduction—in the case of hidden defects—is also known as *quanti minoris* action.

II.VI The remedy of *Daños y Perjuicios*

The Mexican law on sales follows the general rule that a breach of contract generates the obligation to pay *daños y perjuicios*.¹³¹ According to article 2108 of the Federal Civil Code, the term “*daño*” refers to the damage to or diminution of the affected party’s patrimony.¹³² Article 2109 defines “*perjuicio*” as the loss of profit that would have been obtained by the aggrieved party if the contract had been performed. *Daños y perjuicios* are together intended to be comprehensive, i.e., to encompass all forms of contractual loss.¹³³

Indeed, this remedy is intended to put the aggrieved party in the same position as if the contract was performed fully by the other party.¹³⁴ However, the comprehensiveness of the remedy of *daños y perjuicios* is qualified by the principle that the damages claimed must be a direct and immediate consequence of the breach. In addition, the damages claimed must be certain, i.e., determinable with a reasonable degree of certainty.¹³⁵

The Civil Code distinguishes in articles 2104 and 2105 the responsibility of the breaching party to pay *daños y perjuicios*, depending on the type of the contractual obligation. For instance, when a party under the contract has a fixed period of time to perform his/her obligations, then, the responsibility of the breaching party to pay *daños y perjuicios* starts at the end of that period. However, when the fulfillment of an obligation is not subject to a fixed period of time, then the *daños y perjuicios* are not generated immediately after request by the other party, but rather thirty days after the other party has claimed

¹³¹ Article 2104 of the Federal Civil Code, provides “...the breaching party is liable for the payment of *daños y perjuicios* by the mere fact of the breach...” Código Civil Federal [C.C.F.] [Federal Civil Code], 2001 (Mex.).

¹³² Patrimony has been defined as “All of a person’s assets and liabilities that are capable of monetary valuation and subject to execution for a creditor’s benefit”. *Supra* note 77, at 1149.

¹³³ SANCHEZ-MEDAL URQUIZA, *supra* note 113, at 120.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ JORGE ADAME, *CONTRATOS INTERNACIONALES EN AMÉRICA DEL NORTE RÉGIMEN JURÍDICO* 213 (1999).

performance judicially or extra judicially before a notary public or two witnesses.

Lastly, article 2117 limits the obligation of the breaching party to pay *daños y perjuicios*. Indeed, in the case of a repayment obligation under a loan, the remedy may not exceed the sum owed plus the legal rate of interest on the sum owed.

II.VI.1 Moral damages

The availability of moral damages in Mexican sales law is a legacy of French doctrine.¹³⁶ Article 1916 of the Federal Civil Code defines the concept of moral damage and creates a presumption of its existence when the physical or spiritual freedom or integrity of a person is affected.¹³⁷

Moral damage includes the pain, suffering and physical and spiritual affliction suffered by the victim as a result of the damaging event. Therefore, moral damage is directly related to the emotional aspect of a human being. Indeed, identical damaging events may cause different degrees of moral injury, depending on sensibilities and characteristics of the affected subjects. Therefore, because of the subjectivity of the form of loss in question, the amount of compensation to be awarded under the category of “moral damage” is within the discretion of the judge hearing the case.

¹³⁶ Monografias.com, <http://www.monografias.com/trabajos28/dano-derecho/dano-derecho.shtml> (last visited May, 20, 2007). The French legal figure of moral damages is known as “*Domages Morales*”. This doctrine gained popularity among the Latin American countries (such as Mexico), which adopted and incorporated it in their laws, due to the multiple (and increasing) successful lawsuits based on this doctrine in common law jurisdictions.

¹³⁷ Article 1916 provides, “Moral damage is the harm that a person suffers in his/her emotions, beliefs, honorability, reputation, personal life and physical and spiritual aspects. There is a presumption of the existence of moral damage when there is an illegitimate injury to the freedom or the physical or spiritual integrity of a person...” Código Civil Federal [C.C.F.] [Federal Civil Code], 2001 (Mex.).

In exercising his discretion, the judge must consider the affected rights, the degree of responsibility, and the economic situation of the victim and the responsible person.

II.VII Exemption

Article 2111 of the Federal Civil Code provides that no one is liable for *caso fortuito*, except when expressly imposed by the law or agreement of the parties. The concept of “*caso fortuito*” is equivalent to the common law expression “Act of God”. It refers to an unpredictable act of nature that can not be overcome, and that makes performance impossible.

The nonperformance excuse based on *caso fortuito* operates as long as the impediment exists. If the impediment disappears, the excuse vanishes as well. If the performance of one party is excused by *caso fortuito*, the other party may claim *rescisión* of the contract, but may not claim the right to *daños y perjuicios*.

In a similar way, article 2017-V establishes the concept of the excuse of *fuerza mayor*.¹³⁸ Adame Godard has stated that *fuerza mayor* only differs from *caso fortuito* with respect to the cause of the impediment. In the case of *fuerza mayor* the impediment is due to an act of men, instead of an act of nature.¹³⁹

¹³⁸ MexicoLegal.com, <http://www.mexicolegal.com.mx/consultas/r5703.htm> (last visited May 20, 2007). The English literal translation of the term “*Fuerza Mayor*” is Major Force. “*Fuerza Mayor*” is the act of men that impedes a party in performing his obligations under a contract.

¹³⁹ ADAME, *supra* note 135, at 194.

CHAPTER III – Comparative analysis of the CISG remedies for breach of contract described in chapter I, with the Mexican sales law remedies for breach of contract described in chapter II

In order to achieve the goal of this study, it is important to contrast all the elements of the remedies discussed in the previous two chapters. Chapter III compares the CISG and Mexican law remedies for breach contract.

However, in developing Chapter III, it is imperative to have in mind that the bodies of law that are being compared do not have the same scope of application. Indeed, the CISG is a Convention drafted exclusively to govern international sales contracts. It provides a well-structured set of rules on the remedies for breach of contract by both the seller and the buyer, including rules on anticipatory breach, damages, effects of avoidance, and for excuses from liability.¹⁴⁰

Section III of Chapter II contains eight articles that describe the remedies for breach of contract by the seller while Section III of Chapter III addresses in five articles the remedies for breach of contract by the buyer.¹⁴¹ One of the most highly articulated and detailed sections of remedies is, for instance, Article 49. It provides for the buyer's option to declare the avoidance of the contract, the right of the seller to perform within an additional period of time, and the situations in which the buyer loses the right to declare the contract avoided.¹⁴² Through its sections on remedies for breach of contract, the CISG covers the remedies of specific performance, avoidance of the contract and damages. Articles 46 to 52 and 62 to 65 govern the remedies of specific performance and avoidance, while articles 74 to 77 address the remedy of damages.

The Mexican law on sales, on the other hand, is governed by the Commerce Code and the Federal Civil Code. The Commerce Code was drafted to

¹⁴⁰ CISG, *supra* note 3, Preamble.

¹⁴¹ *Id.* arts. 45-52.

¹⁴² *See supra* note 65.

regulate acts of commerce,¹⁴³ and the Federal Civil Code, among many other topics,¹⁴⁴ governs acts considered non-commercial.¹⁴⁵ The Commerce Code governs commercial contracts in general in Chapter II of the first title of Section II. In chapter I of the sixth title of the same section it regulates commercial sales contracts in particular. The chapter on sales contracts includes seventeen articles (from article 371 to 387).

The Commercial Code does not contain general provisions on remedies for breach of contract. The chapter on sales contracts briefly considers, in Article 376, the possibility for an aggrieved party to claim *rescisión* of the contract, *cumplimiento forzoso*, and the *daños y perjuicios*.¹⁴⁶

The Federal Civil Code has an even broader scope of application than the Commerce Code. For instance, Section One, Title Four Chapters I and II the Federal Civil Code govern performance of obligations; Section II, Title Four Chapters I, II, III and IV regulate non performance of obligations.

The Federal Civil Code includes nine chapters that govern the sales contract.¹⁴⁷ In these chapters, the code regulates the subject matter of sales contracts, the parties involved in sales, the rights and obligations of the parties and the formalities of sales contracts. The chapter on sales includes seventy eight articles (from article 2248 to 2326).

Even though the Federal Civil Code includes a chapter that regulates non performance of obligations, it does not contain specific provisions on remedies for breach of contract. In a different chapter on contracts in article 1949,¹⁴⁸ the circumstances under which an aggrieved party may claim *cumplimiento*

¹⁴³ Article 1 of the Mexican Commerce Code provides, “The acts of commerce will be governed by this code...” Código de Comercio [Cód.COM.][Commercial Code], 2005 (Mex.).

¹⁴⁴ Código Civil Federal [C.C.F.] [Federal Civil Code], Index, 2001 (Mex.). Among other subjects, the Federal Civil Code governs subjects such as marriage, public registry, family matters, adoption, the goods in general, property, wills, obligations, etc.

¹⁴⁵ TREVIÑO GARCÍA, *supra* note 97, at 26.

¹⁴⁶ See *supra* note 105.

¹⁴⁷ Código Civil Federal [C.C.F.] [Federal Civil Code], Title II, Chapters 1-9, 2001 (Mex.).

¹⁴⁸ Código Civil Federal [C.C.F.] [Federal Civil Code], art. 1949, 2001 (Mex.).

forzoso or *rescisión* of the contract are briefly considered, along with the right to claim *daños y perjuicios* in both cases...”.¹⁴⁹

III.I CISG remedy of Specific Performance compared to Mexican sales remedy of *Cumplimiento Forzoso*

The CISG and the Mexican law on sales both incorporate the principle of *pacta sunt servanda* through the inclusion of the remedy of specific performance and *cumplimiento forzoso*, respectively. Indeed, as previously discussed in this study, both remedies are based on the principle that contractual obligations must be performed fully, and non performance creates the possibility for the aggrieved party to claim specific performance of the contract.¹⁵⁰

The CISG and the Mexican law on sales recognize that the remedies of specific performance and *cumplimiento forzoso* are incompatible with the remedies of avoidance and *rescisión*, respectively.¹⁵¹ The Mexican law on sales and the CISG are parallel in two respects. Just as the CISG recognizes the inconsistency of avoidance with specific performance, Mexican law recognizes the incompatibility of *cumplimiento forzoso* and *rescisión*. Moreover, just as the CISG provides for complementary remedies of specific performance and damages, Mexican law recognizes that *cumplimiento forzoso* and *daños y perjuicios* are complementary. Moreover, both the CISG and the Mexican sales law contain exceptions to the latter principle if the exercise of supposedly complementary remedies were to result in double recovery.¹⁵²

The fact that both the CISG and Mexican law include the principle of *pacta sunt servanda*, suggests that both bodies of law dictate, within their respective scope of application, that contracts should be performed fully by the parties. Nonetheless, in contrast to the commerce and civil codes provisions regarding

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Supra* notes 36, 106.

¹⁵¹ *Supra* notes 66, 107.

¹⁵² *Id.*

breach, article 28 of the CISG provides an escape hatch for jurisdictions that do not enter specific performance judgments under their own law in suits on similar contracts of sale not governed by the CISG.¹⁵³ Despite that loophole, article 28 has not had an impact in applying the remedy of specific performance. Indeed, as presented in Chapter IV on the section of specific performance, only two cases are registered in the CISG database (CLOUT) where courts have used article 28 in relation to the remedy of specific performance.

III.I.1 Requirements for specific performance and *cumplimiento forzoso*.

As a general matter, articles 46(1)(3) and 62 of the CISG do not contain any requisites—other than breach of contract—for an aggrieved party to claim specific performance of the contract. However, article 46 (2), which governs the demand for substitute goods, requires a fundamental breach of contract.

According to paragraph 1 of article 46, as long as delivery has not been made, the buyer may require performance.¹⁵⁴ On the other hand, when delivery has been made, but the goods delivered do not conform with the contract, article 46 provides two alternatives for specific performance: delivery of substitute goods and repair, contained in paragraphs two and three, respectively. On the other hand, article 376 of the Mexican commerce code provides that, the mere fact of breach, gives the aggrieved party the opportunity to require the *cumplimiento forzoso* of the contract. There is no other article in the commerce code or the federal civil code that suggests any additional requirement for the exercise of the remedy of *cumplimiento forzoso*.

Thus, apart from the CISG's exceptional requirement of fundamental breach where specific performance takes the form of a demand for substitute goods, the CISG and Mexican law require only a breach of contract as a precondition for the remedy of specific performance and *cumplimiento forzoso*.

¹⁵³ *Supra* note 56.

¹⁵⁴ Michael Will, *Article 46*, in BIANCA-BONELL COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW 333-341 (1987), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb46.html>.

Nonetheless, despite its status as a lone exceptional requirement, it is the fundamental breach requirement that makes the CISG and Mexican law significantly different in respect to the requirements for the remedies of specific performance and *cumplimiento forzoso*. This exception is important because it could significantly affect outcomes.

The CISG's requirement of fundamental breach can be addressed from two different perspectives. First, when claiming delivery of substitute goods, the aggrieved party needs to prove that the goods are non-conforming to a degree that he is deprived of what he is entitled to under the contract. This requirement can be disadvantageous to the aggrieved party since he is not able to claim delivery of substitute goods if the breach is not fundamental. Contrary to Mexican law, the additional requirement under the CISG leaves the aggrieved party who suffers from a "non-fundamental non-conformity", with the choice of having the goods repaired, claiming damages, or reducing the price.¹⁵⁵

Second, by not having additional requirements for claiming delivery of substitute goods in cases of non-conformity, Mexican law creates a disadvantageous situation for the party in breach, who may have delivered goods with trivial defects. Nonetheless, the breaching party is liable to incur the heavy burden of delivering substitute goods to the aggrieved party. Under this perspective Mexican law overprotects the interests of the aggrieved party, with the great risk of imposing undue financial difficulties on the party in breach.

III.I.2 Substitution and repair of the goods.

The CISG remedy of specific performance classifies two distinct remedies as forms of specific performance: delivery of substitute goods and repair of nonconforming goods. The CISG gives the affected party the right to claim replacement of the goods when the lack of conformity constitutes a fundamental

¹⁵⁵ *Supra* note 41.

breach. It also provides a right to have defective goods repaired when it is reasonable considering all circumstances.

The remedy of substitution of goods has two limitations: it must be requested with a notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.¹⁵⁶ It also prevents the buyer, when he has resorted to the remedy of fixing a period of time for the delivery of the goods, from claiming any other remedy except damages during the fixed period of time for delivery.¹⁵⁷

According to article 46 (3) the remedy of repair is only limited by the reasonableness of the repair measure and by the requirement to give notice to the other party in conjunction with notice under article 39 or within a reasonable time thereafter.¹⁵⁸ When repair is not reasonable, the buyer is relegated to the remedy of damages or the remedy of reduction of the price.¹⁵⁹

In contrast, the Mexican law on the remedy of *cumplimiento forzoso* does not distinguish among types of specific performance. In fact, this remedy is only mentioned in article 376 of the commerce code, and 1796 and 1949 of the federal civil code.¹⁶⁰ Even so, one can not assume that the limited regulation of this remedy under Mexican law means that the remedy of *cumplimiento forzoso* has a restricted scope of application in the Mexican law on sales. On the contrary, by not classifying distinct remedies as forms of *cumplimiento forzoso*, the Mexican law on sales places few constraints on the exercise of this remedy. In fact, as is generally true in civil law systems, in the Mexican law of sales¹⁶¹ the remedy of *cumplimiento forzoso* is considered to be

¹⁵⁶ *Supra* note 44.

¹⁵⁷ *See* Will, *supra* note 154, at 336.

¹⁵⁸ DÍAZ BRAVO, *supra* note 90, at 52.

¹⁵⁹ Boghossian Nayiri, *A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the Sale of International Goods*, in PACE REVIEW OF THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 3-78 (2000).

¹⁶⁰ GALINDO GARFIAS, *supra* note 98, at 79, 268.

¹⁶¹ The principle of *pacta sunt servanda*, grounded in Roman law, is part of the Spanish heritage in Mexico. GALINDO GARFIAS, *supra* note 98, at 268. Since the law of “*Leyes de Partida*”¹⁶¹, (5th law, title 12, 5th *partida*) established by the Spanish colony, this principle has applied to obligations derived from valid contracts. The “*Leyes de*

paramount over the other remedies.¹⁶² Professor Boghossian asserts that, in the civil law tradition, the remedy of specific performance is primary while in the common law tradition the primary remedy is damages.¹⁶³

By placing few constraints, Mexican law widens the possibilities for exercise of the remedy of *cumplimiento forzoso*. Nonetheless, if it is true that this measure puts the remedy of *cumplimiento forzoso* at the same level as the remedies of *rescisión* and *daños y perjuicios*, it is also true that, unlike the CISG, it does not provide for the possibility that the remedy of *cumplimiento forzoso* may result in unreasonable consequences. Indeed, this is another situation in which, by protecting the right of the aggrieved party to have all remedies available in order to have the contract fully performed, Mexican law puts the commercial viability of the contract at risk.

III.I.3 Price reduction.

Under the CISG the aggrieved buyer may reduce the price of the goods when seller performs defectively. This remedy is exercised directly by the buyer, who may lower the sum of money to be paid to seller, in the same proportion as the value of the goods delivered bears to the value of conforming goods.¹⁶⁴ As noted in Chapter I, the remedy of price reduction may be coupled with the remedy of damages, and price reduction may reflect any loss of

Partida”, named after the seven parts dividing the text, was the most important body of laws created in 1256 in Spain under the ruling of Alfonso X, the wise. The topics of the seven parts of the *Leyes de Partida* are: I.- Matters regarding the catholic faith. II.- Political and military constitution of the crown. III.- Administration of justice and the mixed influential proceedings (roman-canonic). IV.- Matrimony. V.- Contractual law. VI.- Successor law. VII.- Criminal law.

¹⁶² GALINDO GARFIAS, *supra* note 98, at 79.

¹⁶³ Nayiri, *supra* note 159, at 2.

¹⁶⁴ PETER A. PILIOUNOS, THE REMEDIES OF SPECIFIC PERFORMANCE, PRICE REDUCTION, AND ADDITIONAL TIME (NACHFRIST) UNDER THE CISG: ARE THESE WORTHWHILE CHANGES OR ADDITIONS TO ENGLISH SALES LAW? (1999), *reprinted in* 12 PACE INT’L L. REV. 1, 1-46 (2000).

profit suffered by the aggrieved party.¹⁶⁵ Moreover, Chapter I also suggests a formula to compute the price reduction.¹⁶⁶

Under the CISG, the buyer's right to reduce the price is only limited by the obligation to give timely notice of the non conformity to the seller and by the priority of the seller's right to cure.¹⁶⁷ Indeed, contrary to other time-limited remedies such as those contained in articles 46 and 49, Article 50 of the CISG does not impose a deadline for the exercise of the remedy to reduce the price. However, scholars such as Michael Will opine that the condition of article 39, which sets a period of time of two years for the buyer to give notice to the seller of lack of conformity of the goods delivered, is applicable to article 50 of the CISG.¹⁶⁸

In contrast, the Mexican commerce code on sales does not expressly grant the remedy of price reduction to the buyer as a consequence of seller's defective performance. However, the federal civil code recognizes the right of the aggrieved party to reduce the price when there is a defective performance by the seller or when there are hidden defects in the goods delivered.¹⁶⁹

Mexican law on sales does not allow the aggrieved buyer to exercise unilateral measures such as price reduction in cases of breach of contract.¹⁷⁰ On the contrary, in order for an aggrieved party to obtain a price reduction, the law requires him to file a claim before a judge and have the judge determine the appropriate reduction of the contract price. The judge will do so in proportion to the inability of the goods to be used for the ordinary or agreed

¹⁶⁵ DÍAZ BRAVO, *supra* note 90, at 52.

¹⁶⁶ *Supra* note 48 and accompanying text.

¹⁶⁷ PETER SCHLECHTRIEM. UNIFORM SALES LAW: THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALES OF GOODS (1986), *available at* <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>.

¹⁶⁸ Will, *supra* note 154, at 2.

¹⁶⁹ TREVIÑO GARCÍA, *supra* note 97, at 123.

¹⁷⁰ Article 1090 of the Mexican Commerce Code provides, "All claims must be filed before a competent judge." Código de Comercio [CÓD.COM.][Commercial Code], 2005 (Mex.).

purpose.¹⁷¹ According to article 2149 of the federal civil code, the right of the aggrieved party to claim price reduction based on defective performance by the seller or hidden defects in the goods delivered expires six months from the time of delivery.

Even though the remedy of price reduction in the CISG may be considered a concession by the common law lawyers to civil law lawyers,¹⁷² it presents variations that could make it appear different from its Mexican law counterpart. Mexican law requires a judge to determine the difference in value between the contract price and the actual value of the goods, while the CISG gives the buyer the power to determine this difference in price.¹⁷³ However, this formal difference does not significantly alter the outcome of cases governed by the provision. The CISG self-help-remedy of price reduction must be implemented by the buyer on a reasonable basis; otherwise the seller may dispute the use of the measure and request judicial review. Additionally, as further assurance of the reasonableness of the measure, the burden of proof on the value of the goods delivered and the value of conforming goods is on the buyer.¹⁷⁴ Therefore, the CISG remedy of price reduction largely coincides with the Mexican requirement of judicial control over the remedy of price reduction. In sum, both bodies of law seek to assure the reasonable implementation of the remedy of price reduction, directly by the buyer himself in the case of the CISG or through a court's decision in the case of Mexican law.

Another difference between the remedy of price reduction under Mexican law and under the CISG is the temporal limit on its exercise. This difference, which may make the CISG more advantageous to the buyer than Mexican law, is that Mexican law grants a period of no more than six months to claim the remedy of price reduction,¹⁷⁵ while the CISG by analogy to the article 39 two

¹⁷¹ TREVIÑO GARCÍA, *supra* note 97, at 123.

¹⁷² Will, *supra* note 154, at 3.

¹⁷³ *Supra*, notes 164, 170 and accompanying text.

¹⁷⁴ *Supra*, note 47.

¹⁷⁵ Article 2149 of the Federal Civil Code provides, "The right for the aggrieved party to claim the price reduction precludes in six months, from the time of delivery". Código Civil Federal [C.C.F.][Federal Civil Code], 2001 (Mex.).

year period to give notice of non conformity, arguably grants of period of 2 years to claim the remedy of price reduction.¹⁷⁶

Consistently with the first hypothesis of this study, the CISG database (CLOUT) presents just 1 out of 20 cases on price reduction decided by a common law court.¹⁷⁷ In other words, the remedy of price reduction, as part of the remedies of specific performance under the CISG, is not exercised as frequently as the Mexican law remedy of *cumplimiento forzoso*. In fact, the only common law court deciding a price reduction case, according to the database (CLOUT), was characterized as being “not familiar” with the remedy of price reduction.¹⁷⁸

III.I.4 Additional Period of Time to Perform.

One arguable purpose of the right to fix an additional period of time to perform contractual obligations is to enable the aggrieved party to make time of the essence of the contract, when it is not clear from the contract’s express terms or the circumstances that the parties have so agreed.¹⁷⁹ Another theory as to the purpose of this remedy is that it is founded upon the idea that the aggrieved party should not be able to avoid the contract merely because the goods were not delivered on time.¹⁸⁰ The remedy allowing the aggrieved party to fix an additional period of time to perform covers cases of non delivery, late delivery and non conformity of the goods delivered.¹⁸¹

¹⁷⁶ Will, *supra* note 154, at 3.

¹⁷⁷ See page 102/1.

¹⁷⁸ *Id.* ¶ 2.

¹⁷⁹ Professor Jacob S. Ziegel, Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods (July 1981), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel47.html>.

¹⁸⁰ Will, *supra* note 154, at 1.

¹⁸¹ Joseph Lookofsky, *The 1980 United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS-CONTRACTS 119-21 (J. Herbots & R. Blanpain eds., 2000), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo47.html>.

According to articles 47(2) and 63(2) of the CISG, the buyer and the seller, respectively, may not resort, during the additional period of time, to any other remedy for breach of contract. However, the buyer or the seller is not deprived of any right he may have to claim damages for delay in performance. Fixing an additional period of time to perform entails one consequence for the aggrieved party besides the additional opportunity to receive performance. After the additional period of time to perform expires, the aggrieved party may avoid the contract, regardless of the existence of a fundamental breach.¹⁸²

Mexican law is different in certain respects. There is, of course, no provision in Mexican law preventing the parties from modifying the terms and conditions of their agreements. That is, the parties are free to agree whether to amplify or reduce the time of performance of contractual obligations. However, Mexican commercial law denies both the buyer and the seller judicial recognition or award of additional periods of time to perform.¹⁸³ According to article 84 of the commercial code, no extraordinary periods of time will be recognized in regard to commercial contracts.¹⁸⁴ Moreover, article 85 of the commerce code provides that the consequences of late or defective performance commence the day after the obligation is due. In other words, while Mexican law recognizes consensual modifications of a contract term, it does not give either party the right to modify a contract term unilaterally as the *nachfrist* remedy does.

The meaning of these two provisions is that, once an obligation is due, the right to request a remedy in case of breach of contract commences the day after the obligation is due. A judge has no discretion to recognize or grant an extra period of time to perform.¹⁸⁵ Although the CISG right of the aggrieved party to fix an additional period of time to perform is based on the German

¹⁸² *Id.* at 119.

¹⁸³ DÍAZ BRAVO, *supra* note 90, at 52.

¹⁸⁴ Article 84 of the Mexican Commercial Code provides, “In commercial contracts there will be no extra periods of time to perform and for the calculation of days, months and years, will be understood: days of twenty four hours; months, according to the Gregorian calendar; and years of three hundred and sixty five days”. Código de Comercio [CÓD.COM.][Commercial Code], 2005 (Mex.).

¹⁸⁵ DÍAZ BRAVO, *supra* note 90, at 52.

concept of *nachfrist*, it seems that its application varies considerably from Mexican law which, like the German, is also rooted on the Roman-Germanic civil law tradition.¹⁸⁶

The two main consequences of these differences are: first, the breaching party getting a second opportunity to perform; and second, the right of the aggrieved party to claim the avoidance of the contract after the additional period of time has expired (even when there is no fundamental breach of contract). The first consequence represents a significant variation from Mexican law. By giving the party in breach a second chance to perform, the CISG prevents the aggrieved party from resorting to any other remedy until the additional time to perform expires or before its expiration, if the party in breach clearly signals his non-performance.¹⁸⁷ The second consequence does not represent a significant difference.¹⁸⁸ The main reason for this is that Mexican law does not recognize categories of breach of contract, and the aggrieved party has the right to claim the avoidance of the contract in any case of breach.

The CISG database (CLOUT) includes a large number of cases in which the *nachfrist* remedy has been invoked. The most important ones have been decided by civil law courts. Chapter IV addresses those cases of *nachfrist* in which the aggrieved party grants an extra period of time to perform when there is no fundamental breach and then (at the end of that additional period of time) claims the remedy of avoidance.¹⁸⁹ In several of these cases, the courts have limited the interpretation of *nachfrist* by requiring an express grant of extra time (on pain of avoidance), rather than permitting mere lapse of time after an obligation is first due to suffice for invocation of the remedy.¹⁹⁰

Nevertheless, there is a case (discussed in more detail in Chapter IV) where a court, in a broad interpretation of *nachfrist*, recognized an implied declaration by the aggrieved party granting an additional period of time. Even though

¹⁸⁶ See Ziegel, *supra* note 179.

¹⁸⁷ GARRO & ZUPPI, *supra* note 10, at 176,177.

¹⁸⁸ DÍAZ BRAVO, *supra* note 90, at 52.

¹⁸⁹ See page 107/3 and 108/1.

¹⁹⁰ See page 112/1.

there is just one case interpreting *nachfrist* so broadly, it is probable that other courts will follow that decision based on the principle of good faith and fair dealing that rules international transactions. In other words, if by interpreting the intent of the parties, the court can determine the existence of a *nachfrist* (without an express notice), then the will of the parties will be honored and formalities will become secondary.

III.I.5 Request for the Remedies of Specific Performance and *Cumplimiento Forzoso*.

“The Convention’s system of remedies includes general rules that a party in breach may be compelled to perform its obligations. When the seller deviates from any of his contractual duties (art. 45(1)), “the buyer may require performance by the seller of his obligations” (art. 46(1)). Similarly, when the buyer fails to perform any of his obligations, “the seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations...” (art. 62)”.¹⁹¹

As starting point, the CISG recognizes the logic of the civil law tradition with respect to the remedy of specific performance.¹⁹² Indeed, if a promisor fails to comply with his part of the contract, the ideal means to enforce such a responsibility is to require him to perform as previously agreed upon. That can be accomplished by requiring the seller to simply deliver the goods or to deliver the goods according to the contract, or by requiring the buyer to pay the agreed price.¹⁹³

Contrary to the civil law tradition, the common law tradition has placed the remedy of specific performance in a low position on the remedial scale. The general provision contained in article 28 of the CISG, which was mainly

¹⁹¹ JOHN O. HONNOLD, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION 218 (1999).

¹⁹² Lookofsky, *supra* note 181, at 115.

¹⁹³ *See id.*

designed to accommodate the common law tradition, is evidence of the compromise which the CISG's remedial system represents.¹⁹⁴

The CISG does not specify the measures that courts shall employ to enforce the remedy of specific performance, leaving all such matters, to the general procedures of the *forum*.¹⁹⁵ However, scholars such as Lookofsky have identified in article 28 a two step process for a court or arbitral tribunal to follow when facing a claim for specific performance.¹⁹⁶ First, the court must determine in the particular case whether the right for specific performance is available for the aggrieved party under Chapters II or III of Part III. Second, when the answer to the first step of the process is affirmative, the court must consider whether such a remedy would be available under the domestic sales law of the *forum* State. If the answer to the second step of the process is negative, the court is not bound to require performance under the CISG.

In contrast to the CISG, Mexican law as part of the civil law legal tradition provides the substantive basis to claim the *cumplimiento forzoso* of a contractual obligation,¹⁹⁷ and through the commerce code¹⁹⁸ and the federal code of civil procedure,¹⁹⁹ the procedural basis to exercise this remedy. The necessary coordination between the substantive and the procedural law of Mexican law gives the aggrieved party the certainty that once the remedy of *cumplimiento forzoso* is available in the particular case, Mexican domestic law provides the means to exercise it in the Mexican *forum*.

The process of obtaining a judgment for specific performance under the CISG and *cumplimiento forzoso* under Mexican law cannot be compared easily since, under the CISG the proceedings will depend on the procedural law of the forum. This difficulty in comparison is due to the remarkable

¹⁹⁴ *See id* at 116-17.

¹⁹⁵ *See id.* at 116.

¹⁹⁶ *Id.* at 116-17.

¹⁹⁷ *Supra* note 104.

¹⁹⁸ Código de Comercio [CÓD.COM.][Commercial Code], Section V, Title I, Chapter I "Commercial law Suits". 2005 (Mex.).

¹⁹⁹ Código Federal de Procedimientos Civiles [C.F.P.C.] [Federal Civil Procedure Code] Section III, Title III, Chapter I "Litigation", 2005 (Mex.).

differences between the procedural laws of the various countries.²⁰⁰ However, due to several recurring situations that discourage an aggrieved party from exercising the remedy of specific performance nationally and internationally, claims for specific performance are rarely made, and therefore attempts to compel performance play a minor role in the life of commerce.²⁰¹ Indeed, the cases included in the section on the CISG remedy of specific performance in Chapter IV include several decisions from which is reasonable to conclude that both the seller's and the buyer's right to specific performance contained in articles 62 and 46 are rarely exercised.²⁰²

The seller's right to specific performance can be defined as the remedy designed to assist the seller who is interested in the buyer's performance of the obligation to take delivery of the goods or to pay the purchase price. The cases in which the buyer refuses to take delivery are rare. Chapter IV includes only one case (the only one found in the CISG database (CLOUT)) where the seller started an action against the buyer claiming specific performance of the buyer's obligation to take delivery. In the end, the case turned out to be a bank guarantee case and was decided applying German law.²⁰³

On the other hand, there are numerous cases in the CISG database (CLOUT) where the buyer refused to pay the price.²⁰⁴ On this matter, it is important to mention that an action for the price is, in some systems (including the Anglo-American system), not considered an action for specific performance.²⁰⁵ For instance, in French law an action for the price is not considered to fall within the scope of "*execution in nature*".²⁰⁶ Another qualification concerns Mexican

²⁰⁰ Ole Lando, *Article 28*, in BIANCA-BONELL COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW 232-39 (1987), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando-bb28.html>.

²⁰¹ HONNOLD, *supra* note 191, at 6.

²⁰² See page 93/1.

²⁰³ *Infra* note 272.

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 484.

²⁰⁶ *Id.*

court decisions discussed in Chapter IV,²⁰⁷ in which courts hold that lack of payment does not necessarily permit the action of *cumplimiento forzoso* of the contract. In such cases, the courts hold that other prerequisites, such as a non-judicial request for performance, must be met in order to grant the remedy of *cumplimiento forzoso*.

There are two cases discussed in Chapter IV in which the court decided in favor of the seller claiming the purchase price.²⁰⁸ In both cases the buyer had already received the goods. Had the buyer not received the goods, the claim against the buyer would be for both taking delivery and paying the price.

The buyer's right to specific performance may be divided in two: the right to claim delivery of substitute goods and the right to claim repair of non-conforming goods. In the first case (delivery of substitute goods), the decisions available in the CISG database (CLOUT) are limited, and no important cases were found. In contrast, the cases concerning the repair remedy are numerous.²⁰⁹ Nonetheless, it is important to mention that claims for repair are generally decided as claims for damages. Indeed, it is frequent that the aggrieved party repairs the goods himself and then claims damages measured by the cost of repair.

III.II Avoidance under the CISG compared to *Rescisión* under the Mexican law of sales.

There are two main differences between the remedies of avoidance under the CISG and *rescisión* under Mexican sales law. *Rescisión* does not require the existence of a specific type of breach, and *rescisión* must be decreed by a tribunal.²¹⁰ In contrast, under the CISG, the remedy of avoidance requires the

²⁰⁷ See page 151/9.

²⁰⁸ See page 94/8.

²⁰⁹ See page 98/8.

²¹⁰ SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *supra* note 113.

existence of a fundamental breach, but the aggrieved party need not apply to a court for relief from the obligation of the contract.²¹¹

The purpose of the CISG requirement of a fundamental breach in order to claim the avoidance of a contract is to provide certainty that addresses the parties' concerns in preserving the contract.²¹² Such certainty permits both buyer and seller to feel protected from contract cancellation on minor or capricious grounds. Moreover, the self-help character of the CISG's remedy of avoidance does not undermine this certainty or permit the aggrieved party to avoid the contract with no good reason. If avoidance on trivial grounds is attempted, the breaching party may request judicial review, a legal process that could be particularly awkward and lengthy in international transactions.²¹³

The right of an aggrieved party to avoid a contract in case of breach is provided in both bodies of law; and, despite their differences, they may be considered equivalent in the manner in which the breach is remedied. Indeed, the remedies of avoidance and *rescisión* reach equivalent results because the requirement of a fundamental breach in self-help systems (like the CISG) is as good a safeguard as the requirement of judicial declaration in systems that do not require a fundamental breach. In other words, the fact that the CISG does not require a court's declaration to have a contract avoided does not make it less certain than the Mexican law system, which requires the remedy of *rescisión* to be decreed by a tribunal. The reason, as noted earlier, is that, if under the CISG the aggrieved party declares the contract avoided for a breach that is not fundamental (and without fixing and waiting for the expiration of an additional period of time to perform), the breaching party may request judicial review in order to determine whether or not the contract was properly avoided. Indeed, in exceptional cases, the difference in application of the two remedies

²¹¹ HONNOLD, *supra* note 191, at 326, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho49.html>.

²¹² JACOB ZIEGUEL, *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspective*, in INTERNATIONAL SALES: THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 9-1 TO 9-13 (1984).

²¹³ JACOB ZIEGUEL, *supra* note 179, at 2, 3.

vanishes when the parties agree in accordance with the Mexican law provision of “*pacto comisorio expreso*” or “*cláusula resolutoria expresa*”. This provision states that the parties may expressly agree that the contract becomes void automatically by the mere effect of the breach and without the intervention of a tribunal.²¹⁴

The cases included in Chapter IV, that illustrate judicial decisions on buyer claims of avoidance, confirm the function of judicial review as a safeguard for the systems that do not require a fundamental breach.²¹⁵ The cases demonstrate that tribunals tend to set high standards of proof for the aggrieved party in demonstrating the existence of a fundamental breach. Indeed, in many cases discussed in Chapter IV, tribunals denied the aggrieved party the right to declare the avoidance of the contract for failure to establish a fundamental breach within the meaning of article 25 of the CISG.²¹⁶ In other cases, the court granted the remedy of avoidance of the contract.²¹⁷

III.II.1 Preconditions for avoidance and *rescisión*.

According to articles 49 and 47 of the CISG, a party may claim the avoidance of the contract in two circumstances: the first one occurs when the breach of the contract is fundamental; the second one takes place when the party in breach –whether the breach is fundamental or not– does not perform his obligations during the additional period of time fixed by the aggrieved party.²¹⁸

“Fundamental breach” is a defined term in the CISG. In article 25 it provides that a breach is fundamental when the aggrieved party is deprived substantially of what he is entitled to expect under the contract. The CISG makes the

²¹⁴ SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *supra* note 113.

²¹⁵ See page 152/25.

²¹⁶ See page 119/25.

²¹⁷ See page 125/9.

²¹⁸ *Supra* notes 54, 65 and accompanying text.

immediate avoidance of the contract the rule.²¹⁹ Whenever non performance by the buyer or the seller amounts to a fundamental breach, the aggrieved party may avail himself of the remedy without further difficulty.²²⁰

Nevertheless, the primacy of the remedy of avoidance does not imply its easy implementation. The aggrieved party bears the risk of determining whether the breach is fundamental or not, and without the possibility of a prior judicial or arbitral determination of that issue, that risk may prove to be a major problem.²²¹

In contrast, Mexican law does not distinguish categories of breach of contract; therefore, the term “fundamental breach” is not familiar in Mexican law. Nevertheless, in order for the aggrieved party to have the remedy of *rescisión* available, the breach of contract by the other party must be of significant importance.²²²

While the Mexican commercial law forbids the judicial recognition or award of additional periods of time to perform both for the buyer and the seller,²²³ and thus lacks anything corresponding to the CISG’s *nachfrist* provisions, this prohibition lacks practical importance regarding the remedy of *rescisión*. In other words, because the Mexican law does not distinguish a fundamental from a non fundamental breach, it is not necessary to resort to *nachfrist* and wait for an additional period of time to expire in order to have the remedy of *rescisión* available to the aggrieved party.

Thus, the prerequisites for the avoidance of the contract under the CISG and Mexican law do not diverge significantly. Both bodies of law share a policy in favor of protecting the agreement of the parties against cancellation on minor or capricious grounds. The CISG achieves that goal through a well-defined precondition of the existence of a fundamental breach or the expiration

²¹⁹ Will, *supra* note 154, at 2.

²²⁰ *Id.*

²²¹ *Id.* at 8, 9.

²²² SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *supra* note 113, at 77.

²²³ DÍAZ BRAVO, *supra* note 90, at 52.

of an additional period of time to perform,²²⁴ Mexican law does it by requiring the remedy of avoidance to be decreed by a tribunal.

III.II.2 Notice of avoidance.

Under the CISG, when an aggrieved party decides to avoid the contract he must issue a declaration of avoidance which requires notification of the party in breach.²²⁵ This requirement, provided for in article 26 of the CISG excludes the possibilities of *ipso facto* avoidance²²⁶ and advance notice.²²⁷

The notice of avoidance is not subject to any particular requirement of form and it may be done in writing or orally.²²⁸ The notice may be transmitted by the aggrieved party by any means, but the notice travels at the risk of the party in breach.²²⁹ Indeed, article 27 of the CISG provides that, if a notice is given by a party by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive the party sending the notice of the right to rely on the communication.

Under the Mexican law on sales, there is no requirement that the aggrieved party issue a declaration of avoidance and notify the party in breach, because the aggrieved party is not entitled to avoid the contract unilaterally. This type of avoidance requires a decision of a competent tribunal.²³⁰ Nonetheless, article 1378 of the commerce code provides that the tribunal has the obligation

²²⁴ JACOB ZIEGUEL, *supra* note 179, at 2, 3.

²²⁵ CISG, *supra* note 3 art. 46.

²²⁶ “Automatic or *ipso facto* avoidance was not included in the remedial system of the Convention because it led to uncertainty as to whether the contract was still in force or whether it has been *ipso facto* avoided.” CHENGWEI LIU, RIGHT TO AVOIDANCE (TERMINATION), PERSPECTIVES FROM THE CISG, UNIDROIT PRINCIPLES AND PECL § 2.1 (2005), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu7.html>.

²²⁷ Will, *supra* note 154, at 4.

²²⁸ *Id.*

²²⁹ *Id.*

²³⁰ *Supra* note 109 art. 1949.

to notify the defendant of the remedy of *rescisión* exercised by the aggrieved party for an alleged breach of contract.

Concerning the notice of avoidance, a practical difference between the CISG and Mexican law is that, under the Mexican commercial law, a contract is avoided when a competent judge so determines; while under the CISG, a contract is avoided at the moment of dispatch of the notice of avoidance.²³¹

In fact, even though the obligation to give notice to the party in breach falls on different individuals –on the aggrieved party under the CISG and on the judge in Mexican law–, the remedial systems of both bodies of law provide the necessary means to assure that the breaching party is notified of the avoidance of the contract. Mexican procedural law makes the notice requirement paramount in judicial claims for avoidance of a contract.²³²

On the other hand, the CISG places the burden to give notice of avoidance on the aggrieved party. Some courts have held that a notice of avoidance must be expressly made known to the breaching party, and must specify the nature of the lack of conformity of the goods, as required by article 39 of the CISG. This matter is addressed in more detail in Chapter IV where several cases define the CISG's formal requirement.²³³ Thus, while the burden to give notice of avoidance to the breaching party falls on different individuals, both the CISG and Mexican law provide this safeguard as an important requirement of the remedies of avoidance and *rescisión*.

III.II.3 Anticipatory Breach

Both the CISG and Mexican law provide remedies for an anticipatory breach, but each approaches the problem of anticipatory breach in a different manner.

The CISG expressly provides remedies for anticipatory breach in two situations. First, article 71 gives the affected party the right to suspend

²³¹ Will, *supra* note 154, at 4.

²³² *Supra* note 109 art. 1949.

²³³ See page 120/19.

performance when, after the conclusion of the contract, “it becomes apparent” that the other party will not perform a substantial part of his obligations. Second, article 72 allows the aggrieved party to avoid the contract when, following the conclusion of the contract but before its obligations are due, “it is clear” that the other party will commit a fundamental breach.

Article 71 was intended to be more easily invoked than article 72. Under article 71 the party seeking assurance of performance is only entitled to avoid the contract if adequate assurance is not furnished by the other party. Under article 72 the aggrieved party may immediately avoid the contract if he can prove that “it is clear” that the other party will commit a fundamental breach of contract; the aggrieved party must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance only if time allows. In either event, the CISG requires the affected party to give timely notice to the other, specifying the nature of the breach.²³⁴

In contrast, Mexican law belongs to the tradition of legal systems that recognize a very limited right to suspend the performance and fulfillment of the contract. Under the Mexican system, it is only possible to suspend performance of contractual obligations when the seller becomes aware that the buyer is insolvent. In the case of the buyer’s insolvency, the seller is permitted to suspend the contract because he is at risk of losing the price.²³⁵

The most important difference, at least in theory,²³⁶ between the CISG right to suspend performance or avoid the contract based on anticipatory breach, and the Mexican law on suspension of performance and *rescisión* based on anticipatory breach, is the uncertain and subjective operation of the former

²³⁴ *Supra* note 69 art. 71.

²³⁵ Trevor Bennett, *Article 71*, in *BIANCA-BONELL COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW* 513 (1987), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb71.html>.

²³⁶ “In practice, however, [the certainty of Articles 71 and 72 of the CISG] will call for a judgment on the part of the party proposing to suspend performance. His judgment will to some extent be subjective although it will need to be based on the appropriate facts.” *Id.* at 522.

and objectivity of the latter.²³⁷ Indeed, notwithstanding the efforts of the Working Group and the Vienna Conference to make the operation of articles 71 and 72 of the CISG more certain and objective, it is hard to see how an objective interpretation could be developed that would not severely limit the rights created by the two articles.²³⁸

It might be argued that the article 71 trigger requirement, “when it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations” or article 72 requirement, “it is clear that fundamental breach will occur”, are used to suggest an objective “reasonable person” standard. However, the fact that both requirements are general and fact dependent makes this a weak argument. Moreover, some legal systems from the Roman-Germanic legal tradition, including the Mexican one, are not familiar with the standard of “reasonableness”. And despite the recognition of other “diligence standards” in these systems, the systems do not rely on them as much as some common law legal systems from the Anglo-Saxon legal tradition.

On the contrary, recognizing the right to suspend performance or to claim *rescisión* of the contract, only in the event of the buyer’s insolvency, gives Mexican law a higher degree of certainty.²³⁹ However, the question here is whether, by narrowing the possibilities for suspension of performance or *rescisión* of the contract to one event (insolvency), Mexican law makes this remedy less accessible to the aggrieved party than might be desired. The case law discussed in Chapter IV includes cases where courts have applied over the “subjective” approach of the CISG remedy of suspension of performance and avoidance, in cases of anticipatory breach of contract.²⁴⁰ However, no parallel significant cases on the remedy of suspension of performance or *rescisión* were found in Mexican case law.

There are numerous cases in which courts have interpreted articles 71 and 72.²⁴¹ It is clear that these decisions concur in permitting the aggrieved party

²³⁷ *Id.* at 513.

²³⁸ *Id.* at 518.

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ See page 129/14.

²⁴¹ *Id.* ¶ 1.

to suspend performance or to avoid the contract in cases of anticipatory breach when the party in breach refuses to provide adequate assurance of his obligations. And, even though there are other means to make the exercise of the remedies of articles 71 and 72 more objective, i.e., the requirement of a notice of suspension or avoidance, some courts have not been consistent in these decisions and there are apparent conflicts of authority.²⁴²

III.II.4 Installment contracts of sale.

Article 73 of the CISG provides special rules for installment contracts. The rules define when a seller or a buyer is entitled to declare the avoidance of the contract with respect to a single installment, future installments, or the contract as a whole.²⁴³

Article 73(1) provides that defective performance with respect to an installment gives the aggrieved party the right to declare the avoidance of the contract, only with respect to that specific installment. Article 73(1) thus makes the provisions of articles 25, 49 and 64 applicable separately to each installment. Its purpose is to permit a party to treat each installment of such a contract as a severable contract for purposes of avoidance.²⁴⁴

Article 73(2) provides that a breach by one party with regard to a single installment may give the aggrieved party strong grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur regarding future installments. The purpose of this provision is “to state a special rule of anticipatory repudiation applicable to future deliveries under an installment contract”.²⁴⁵

Article 73(3) provides that, under some circumstances, a buyer who avoids the contract with respect to a delivery may also avoid it with respect to current or future deliveries. This would be justified if, by reason of their

²⁴² See page 132/4.

²⁴³ CHENGWIE LIU, AVOIDANCE IN THE CASE OF AN INSTALLMENT CONTRACT § 1 (2005).

²⁴⁴ *Id.* § 2.1.

²⁴⁵ *Id.* § 2.2.

interdependence, the other deliveries could not be used for the purpose contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract. The purpose of this provision is to state a special rule for avoidance of an installment contract—including previous and future deliveries—when the purpose contemplated by the parties to the contract cannot be fulfilled if all the required installments are not properly delivered.²⁴⁶

While the Mexican law on sales does not have an express provision on installment contracts, it does recognize their validity when the parties have expressly agreed on that form of contract.²⁴⁷ Furthermore, as a consequence, the rules for *rescisión* contained in the commercial and the federal civil codes apply to both single delivery and installment contracts.

The fact that the CISG gives a detailed set of rules in regards to remedies for breach of installment contracts is likely to result in more predictable outcomes for aggrieved parties in these cases. Chapter IV presents not only the actual cases where courts have defined the process of dealing with breach of installment contracts but also includes an analysis for each of the cases. The rest of the cases deal with fundamental breach with respect to specific installments and anticipatory breach as to future installments.²⁴⁸

III.II.5 Nonconformities or hidden defects of the goods

The CISG does not use the term “hidden defect” or “latent defect”, but simply uses the term “non-conformity” to refer to all types of defective goods.

According to article 35 of the CISG, the goods delivered do not conform to the contract unless 1) they are fit for the ordinary purposes of such goods; 2) they are fit for any particular purpose made known to the seller; 3) they possess the qualities of any goods that the seller has held out to the buyer as a sample

²⁴⁶ *Supra* note 72.

²⁴⁷ TREVIÑO GARCÍA, *supra* note 97, at 46.

²⁴⁸ See page 135/2.

or model; and 4) they are contained or packed in the manner usual or adequate to preserve and protect the goods.

The only qualification of this rule is that seller is not liable for the non-conformity of the goods if, at the time of the conclusion of the contract, the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity. The consequences under the CISG for seller's breach of contract by delivery of nonconforming goods may be the avoidance of the contract—when the non-conformity amounts to a fundamental breach—, and specific performance or damages—when the breach is partial or anticipatory.²⁴⁹

In contrast, the Mexican law on sales is generally not as highly articulated as the CISG with respect to the causes of non-conformity of the goods. However, it does contain specific provisions concerning hidden defects in the merchandise covered by a contract.²⁵⁰ The Mexican federal civil code provides that the regulation on hidden defects is applicable when there is a defect in the goods that is unknown to the parties at the time the contract is formed; when the existence of such defect exists prior to the conclusion of the contract; and when the defect makes the goods improper for the ordinary or agreed use.²⁵¹

Under the Mexican law on sales, the remedies for the seller's delivery of nonconforming goods or goods with hidden defects include *cumplimiento forzoso*, the *resisión* of the contract and the *daños y perjuicios*.²⁵²

It is interesting how both the CISG and Mexican law include parallel remedies for cases of breach of contract due to non-conformities or due to hidden defects of the goods. CISG article 35 is based on a uniform concept of lack of conformity, which includes difference in qualities, quantities, descriptions, and defects in packing.²⁵³ In this sense, the CISG materially diverges from the Mexican law on liability for defective goods, which clearly distinguishes between defective goods, hidden defects and warranties. Nonetheless, the fact that

²⁴⁹ *Supra* note 68.

²⁵⁰ *Supra* note 169.

²⁵¹ *Id.*

²⁵² *Id.*

²⁵³ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 275.

the CISG and Mexican law have different conceptual approaches does not prevent them from providing efficient, and converging, remedies such as avoidance (when the lack of conformity amounts to a fundamental breach according to article 25, or when an additional period of time has expired according to articles 47 or 63), specific performance, or damages under the CISG; and *rescisión, cumplimiento forzoso* (in the form of price reduction), and/or *daños y perjuicios* in Mexican law.

III.II.6 Effects of avoidance and *rescisión*.

The CISG and the Mexican law on sales both recognize that the effects of the avoidance and *rescission* of the contract are, the termination of the contractual obligations between the parties; the right of the aggrieved party to suspend performance of his obligations under the contract; and the obligation of the parties to restore whatever they have received under the contract.²⁵⁴

In regard to the last effect, both bodies of law require *restitutio in integrum*.²⁵⁵ For the seller, the *restitutio in integrum* implies the receipt of the goods delivered as well as the fruits they generated. For the buyer, it implies interest on the price or the amounts paid to seller.²⁵⁶

Moreover, both the CISG and Mexican law provide for similar consequences of the avoidance and the *rescisión* of the contract, respectively. The aggrieved party may claim damages or *daños y perjuicios*, to the extent they may be due. In other words, neither avoidance under the CISG nor *rescisión* under

²⁵⁴ SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *supra* note 113, at 111; SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 2.

²⁵⁵ *Restitutio in integrum* is a Latin expression of a phrase of the Roman-Germanic legal tradition which is defined as “Restoration to the previous condition or the *status quo*”. *supra* note 78, at 1315.

²⁵⁶ Article 2311 of the Mexican Federal Civil Code provides that based on the principle of restitution, the buyer has the right to claim restitution of the price (or any part of it) already paid to the seller, and, in addition, legal interest on the amount of money paid. Código Civil Federal [C.C.F.] [Federal Civil Code], Index, 2001 (Mex.); *see also* SCHLECHTRIEM, *supra* note 152, at 3.

Mexican law prevent the aggrieved party from claiming damages or *daños y perjuicios* on account of the breach by the other party.²⁵⁷

Under article 84 of the CISG the parties have the obligation to return all benefits of possession or receipt of performance by the other party, including profits, fruits and other advantages of use, as well as any interest from the date on which the price –or part of it—was paid.²⁵⁸

Under article 82(1) of the CISG the aggrieved party loses his right to avoid the contract if it is not possible for him to restore the price received or the goods in the condition in which they were received. Article 82(2) of the CISG contains an exception to this rule. The rule does not apply when the impossibility of restitution is not due to the aggrieved party’s act or omission; when the goods received have perished or deteriorated as a result of their examination; or when the goods delivered have been sold, transformed or consumed in the normal course of business.

In contrast, the Mexican law on sales does not expressly contain any specific provision mandating loss of the right to *rescisión* of the contract based on the impossibility of making restitution. Therefore, it is reasonable to conclude that *rescisión* is allowed by the Mexican courts even in cases where restitution is impossible.

Article 81(1) of the CISG provides that the avoidance of the contract does not affect any of its provisions for the settlement of disputes or any other provision governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract.²⁵⁹ Once again, there is no parallel specific provision in Mexican law. However, Mexican law provides, through the principle of “contractual autonomy”,²⁶⁰ the right of the parties to determine the content of the contract. The parties to a contract may agree –expressly or

²⁵⁷ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 3.

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ Denis Tallon, *Article 81*, in BIANCA-BONELL COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW 603 (1987), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb81.html>.

²⁶⁰ TREVIÑO GARCÍA, *supra* note 79.

by implication— upon whatever rights and obligations they choose, and may agree that the terms will be effective prior to the contract, during the contract or after the contract. With this in mind, it seems obvious that there are some provisions that are, *per se*, meant to be given effect even after the contract has been avoided. These provisions include the settlement of disputes or other provisions governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract.

Chapter IV includes numerous CISG and Mexican court decisions that illustrate how the effects of the remedies of avoidance and *rescisión* are equivalent, despite not having the same express provisions.²⁶¹

III.III Damages compared to *daños y perjuicios*.

One of the most important differences between the CISG remedy of damages and Mexican law remedy of *daños y perjuicios* is that, in contrast to the former, the latter is considered accessorial. Indeed, the remedy of *daños y perjuicios* is commonly invoked with the remedies of *cumplimiento forzoso* or *rescisión*, but not alone. As evidenced by the *daños y perjuicios* section of Chapter IV, there is a small number of exceptional cases in which Mexican courts ruled based on *daños y perjuicios* as primary remedy.²⁶²

Neither the CISG's chapter on damages nor Mexican law requires the aggrieved party to meet any precondition in order to exercise a damage remedy in case of breach of contract. Under the CISG, the mere fact of the breach gives the aggrieved party the right to seek damages.²⁶³ This is true whether the breach be essential, partial or anticipatory, or even when it consists of a failure to perform within an additional period of time fixed for the performance.²⁶⁴ Under the Mexican law on sales, which only recognizes the

²⁶¹ See pages 139/1 and 152/4.

²⁶² See page 153/1.

²⁶³ CISG, *supra* note 3 art. 74.

²⁶⁴ *Id.*

generic concept of breach of contract, the remedy of damages is available for the aggrieved party as soon as the contract is breached by the other party.²⁶⁵

Furthermore, both bodies of law recognize the principle of full compensation of the expectation interest, the goal of which is to put the aggrieved party on the same position as if the contract was performed fully.²⁶⁶ Nonetheless, the CISG concept of damages is broader than the concepts of *daños y perjuicios* of the Mexican law. Indeed, article 74 of the CISG lays down the principal rule of recovery of damages, and it corresponds to the well-known rules stated in *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Exch. 341.²⁶⁷ Contrary to the Mexican law, article 74 appears to be broad enough to include a claim by the aggrieved party for incidental and consequential damages as long as they are foreseeable.²⁶⁸

Nevertheless, there are specific conditions in the CISG and Mexican law that narrow the concepts of damages and *daños y perjuicios*. For instance, the CISG limits the liability of the party in breach to the loss he foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in light of the circumstances that were known or ought to have been known by the breaching party.²⁶⁹ Under Mexican law, it is a requirement that damages must be a direct and immediate consequence of the breach.²⁷⁰ And even though the CISG and Mexican law conditions for the remedies of avoidance and *daños y perjuicios* may not be the same, it is reasonable to conclude that the principle behind both remedies is to limit a party's liability for loss to those inherent risks assumed at the time of the conclusion of the contract.²⁷¹ Both remedial systems of damages are based on the principle of full compensation, which

²⁶⁵ See *supra* note 204.

²⁶⁶ *Supra* notes 75, 134.

²⁶⁷ JACOB ZIEGEL, *supra* note 179, at 2.

²⁶⁸ ALFONSO & DE LA GANDARA LUIS, *supra* note 70, at 317

²⁶⁹ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 567.

²⁷⁰ ADAME, *supra* note 135.

²⁷¹ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38, at 554, 555.

consists of the so-called effective loss or *damnum emergens*²⁷² and the loss of profit²⁷³ or *lucrum cessans*.²⁷⁴

Courts have held that full compensation of the aggrieved party is one of the general principles underlying the CISG remedial system.²⁷⁵ This concept will be addressed in more detail in Chapter IV. The cases analyzed will also show that, under Mexican law it is not enough to claim the remedy of *daños y perjuicios* based only on the existence of loss. In fact, it is necessary to demonstrate that *daños y perjuicios* are an immediate and direct consequence of the breach. Moreover, a couple of Mexican court decisions, based on articles 2108, 2109 and 2110 of the federal civil code, have established that the exercise of the remedy of *daños y perjuicios* ought to be the result of the non-performance of an obligation; and that it cannot be assumed that non performance necessarily causes damage or loss of profit to the aggrieved party.²⁷⁶

III.III.1 Substitute Transactions

In contrast to the Mexican law on sales, the CISG incorporates the concepts of replacement purchase or sale into the scheme of remedies. Under article 75 of the CISG, if after avoiding the contract, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods within a reasonable time and

²⁷² “*Damnum emergens*” is a Latin expression of a phrase of the Roman-Germanic legal tradition which is defined as “An actual realized loss as opposed to an expected future loss”. *supra* note 77, at 398.

²⁷³ Victor Knapp, *Article 74*, in *BIANCA-BONELL COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW 542* (1987), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb74.html>.

²⁷⁴ “*Lucrum cessans*” is a Latin expression of a phrase of the Roman-Germanic legal tradition which is defined as “Interest or damages awarded for an expected future loss as opposed to an actual realizable loss”. *supra* note 77, at 960.

²⁷⁵ See page 142/2.

²⁷⁶ See page 154/3.

manner, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction. He may also recover other recoverable damages under article 74,²⁷⁷ including loss of profit.²⁷⁸

The CISG incorporation of the concepts of replacement purchase or sale reflects its well defined and structured remedy of damages.²⁷⁹ In fact, it often becomes more convenient for the aggrieved party to claim damages for the difference between the price of a replacement transaction and the original contract price than to claim the full performance or the avoidance of the contract.

Courts and arbitral tribunals have decided numerous cases where the aggrieved party, after performing a replacement purchase or sale, claims the difference between the original contract price and the price of the replacement transaction, under articles 75 or 76 of the CISG.

III.III.2 Mitigation of Damages

Under the CISG, the parties have the obligation to mitigate any loss, arising out of a contractual relation, whether or not they have so agreed in the contract. That is, the parties' obligation to mitigate derives from the CISG itself, not the voluntary agreement of the parties.

Article 77 of the CISG sets forth the principle of mitigation. Its purpose is to prevent a party threatened by a loss (as a consequence of a breach of contract by the other party) from waiting passively for the loss to occur and then suing for damages. In fact, the aggrieved party has the obligation to take all reasonable

²⁷⁷ Victor Knapp, *Article 75*, in *BIANCA-BONELL COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW* 549-51 (1987), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb75.html>.

²⁷⁸ JOHN O. HONNOLD, *Articles 75 and 76-Measurement of Damages When Contract is Avoided*, in *UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION* 452 (3d ed. 1999), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho75.html>.

²⁷⁹ *See id.* at 448-50.

preventive measures to mitigate the loss.²⁸⁰ The sanction imposed by Article 77 applies only to the extent that the aggrieved party claims damages arising from the breach. Therefore, the obligation to mitigate provided for in article 77 does not apply to reliance on the breach for purposes other than to take reasonable preventive measures to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach.²⁸¹

Once the obligation to mitigate is imposed by the CISG, it is in the best interest of both parties to accomplish the mitigation. From the perspective of the aggrieved party, if the loss resulting from the breach of contract is not mitigated, the aggrieved party will not be compensated fully if the loss could have been prevented by, e.g., reselling or warehousing the nonconforming goods or making a replacement purchase. From the perspective of the party in breach, the obligation to mitigate is important because the damages he must pay will be reduced by the aggrieved party's reasonable measures to mitigate the loss.

In contrast, Mexican law does not impose upon the victim of a contractual breach the duty to mitigate the loss by taking all reasonable preventive measures to avoid extra damages before filing a lawsuit. The fact that the Mexican law does not impose an obligation to mitigate the loss in cases of breach of contract is not surprising since the mitigation doctrine, while generally admitted in common law jurisdictions, "is not so largely and clearly consecrated in civil law jurisdictions".²⁸²

Perhaps a more particular reason Mexican law does not recognize the obligation to mitigate is that the obligation to mitigate arguably presupposes an implied unilateral declaration of avoidance. Such unilateral declaration is

²⁸⁰ Victor Knapp, *Article 77*, in BIANCA-BONELL COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW 559 (1987), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>.

²⁸¹ *Id.* at 560.

²⁸² CHENGWEI LIU, *Limits to Claims on Damages*, in REMEDIES FOR NON-PERFORMANCE: PERSPECTIVES FROM CISG, UNIDROIT, PRINCIPLES AND PECL § 14.1 (2003), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html>.

permitted under the CISG, but is inconsistent with Mexican law on sales, which requires a judge to declare the avoidance of the contract.²⁸³

The duty to mitigate damages is not expressly declared by law nor has it been adopted by Mexican courts. However, there is a sense of mitigation present in the concept of “*consignación*”.²⁸⁴ It consists in having the aggrieved party put the non conforming goods at the breaching party’s disposal (i.e., in a warehouse), and thus giving the party in default the opportunity to collect the goods and dispose of them in a more convenient way, reducing the *daños y perjuicios* generated by the breach. Even though the concept of “*consignación*” may produce effects similar to the mitigation of damages, it is generally viewed as a legal instrument to free the aggrieved party from his contractual obligations in cases of breach of contract by the other party, and not as a means to reduce *daños y perjuicios*.

The fact that Mexican law does not recognize the duty to mitigate damages leads to the conclusion that the remedy of *daños y perjuicios* under Mexican law is not as developed as the CISG’s remedy of damages. Indeed, a developed remedial system on damages cannot do without the duty to mitigate. It would be inefficient to penalize a breaching party with damages and not to impose, on the other party, the duty to reduce damages. Therefore, if Mexican law is to develop in the direction of making the remedy of *daños y perjuicios* a primary remedy, it would be desirable to include the duty of the aggrieved party to mitigate.

III.III.3 Moral damages.

In contrast to Mexican law, the CISG does not specifically refer to the concept of moral damages. Perhaps the mere difficulty of putting a monetary figure on

²⁸³ *Supra* note 204.

²⁸⁴ “*Consignación*” is a Spanish term which means “the deposit of the goods before a judicial authority, liberating the obligor from his obligations, when the obligee does not receive the merchandise without a reasonable cause”.

compensation for emotional distress is the reason the CISG does not authorize it. Moreover, the fact that the recognition of moral damages could create the possibility of widely varying and unpredictable damage awards, may be another reason the CISG does not authorize awards of moral damages.

In contrast, the Mexican law does authorize compensation for this type of damage.²⁸⁵ The heritage of the French doctrine in the Mexican law is reflected in the federal civil code provision for the remedy of moral damages.²⁸⁶

No significant discussions or registry in the legislative history of the CISG were found in regards to the remedy of moral damages. As for the Mexican remedy of “*daños morales*”, no significant *jurisprudencia* was found. These facts corroborate that moral damages were not contemplated by the drafters of the CISG. Perhaps this inattention will continue since the uncertainty of determining the amount of moral damages could introduce a complex element into the CISG’s remedy of damages. And, even though moral damages are recognized by Mexican law, this remedy is of no apparent use, and its recognition by Mexican law is a reflection of its heritage, not of practical reasons.

III.III.4 Exemptions

Both bodies of law provide for a range of exemptions which relieve the breaching party of the obligation to pay damages. Under article 79(1) of the CISG, a party is not liable for failure to perform any obligation under the contract if it is proven that the failure was due to an impediment beyond his control, that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account, and that he could not have avoided or overcome it or its consequences.²⁸⁷

²⁸⁵ *Supra* note 137.

²⁸⁶ *Supra* note 136.

²⁸⁷ CISG, *supra* note 3, art. 79.

Article 79 of the CISG does not distinguish among possible origins of the impediments to performance of a contract.²⁸⁸ That is, under the CISG, whether there is an excuse for not performing the contract does not depend on whether the impossibility of performance arises out of an act of God or an act of Man. Article 79(2) exempts a party who subcontracts his own performance (in whole or in part) if article 79(1) otherwise applies to him and would also apply to the subcontractor.

As noted by Denis Tallon, CISG article 79 is silent on the point of time at which the impediment of performance may or must arise.²⁸⁹ It is Tallon's opinion that article 79 does not apply to situations where the impediment existed at the time of the conclusion of the contract, although article 79 does not expressly so state. It seems that Tallon's argument is supported by the language of article 79(1) of the CISG, since it clearly requires that the impediment could have not reasonably be expected to have been taken into account at the time of the conclusion of the contract.

Like the CISG, the Mexican law recognizes excuses for a party's non performance of a contract. However, Mexican law does not expressly address the issue of excuse because of a third party's failure to perform but rather distinguishes the origin of the excusing impediments, that is, it differentiates the *caso fortuito* from the *fuera mayor*.²⁹⁰ Nonetheless, this difference is more conceptual than practical since both exemptions, the *caso fortuito* and the *fuera mayor*, result in the absolution of the non performing party from payment of damages. Mexican courts have made clear that even though it is important to distinguish the origin of the impediments, the outcomes remain

²⁸⁸ According to Profesor Ziegel: "Art. 79 deals with the circumstances in which the buyer or seller may be excused from performance of his contractual obligations because of an extraneous event that is judged sufficiently important to warrant the excuse – what in the common law is referred to as frustration of the contract and in civil legal systems under the headings as *force majeure*, *cause étrangère*, and *wegfall der geschäftsgrundlage*. JACOB ZIEGEL, *supra* note 179.

²⁸⁹ Tallon, *supra* note 259.

²⁹⁰ ADAME, *supra* note 135, at 194.

the same. Chapter IV includes two cases analyzing the Mexican *daños y perjuicios* exemption in which the courts decided that the exemptions of *caso fortuito* and *fuerza mayor* could not be justified by mere technical difficulties in performance or lack of profit on the contract. The court in the first case explained that technical difficulties and lack of profit do not depend on the will of a third party unrelated to the contract. In the second case, the court specifically elaborated extraordinary *casos fortuitos* stating that fire, plague, war, flood, earthquake and other unusual situations unpreventable by the parties involved in the contract, are to be considered exemptions from liability. Therefore, in respect to exemptions, even if the CISG and Mexican law differ in conceptual details or in doctrinal foundation, they are in fact, very close in application.²⁹¹

CHAPTER IV. - Judicial and arbitral tribunal interpretations of the remedies for breach of contract contained in the CISG and the Mexican law on sales

This chapter illustrates the comparisons in the previous chapter between the remedies of specific performance and *cumplimiento forzoso*, damages and *daños y perjuicios* as well as avoidance and *rescisión* through case law. Judicial and arbitral tribunal decisions are fundamental elements in this comparative study and define the scope of application of the remedies contained in the CISG and the Mexican law on sales. Indeed, it is important for legal practitioners, academics, scholars and the judiciary to know how judicial decisions and arbitral awards have interpreted and set the criteria to apply the remedies available under the CISG and Mexican law. Therefore, Chapter IV presents, in the same order followed by the previous chapters, significant cases that describe the judicial and arbitral interpretations of the remedies compared in this study.

On one hand, the CISG cases concerning the remedies of specific performance, avoidance and damages have been chosen from several

²⁹¹ See pages 149/1 and 153/1.

the same. Chapter IV includes two cases analyzing the Mexican *daños y perjuicios* exemption in which the courts decided that the exemptions of *caso fortuito* and *fuerza mayor* could not be justified by mere technical difficulties in performance or lack of profit on the contract. The court in the first case explained that technical difficulties and lack of profit do not depend on the will of a third party unrelated to the contract. In the second case, the court specifically elaborated extraordinary *casos fortuitos* stating that fire, plague, war, flood, earthquake and other unusual situations unpreventable by the parties involved in the contract, are to be considered exemptions from liability. Therefore, in respect to exemptions, even if the CISG and Mexican law differ in conceptual details or in doctrinal foundation, they are in fact, very close in application.²⁹¹

CHAPTER IV. - Judicial and arbitral tribunal interpretations of the remedies for breach of contract contained in the CISG and the Mexican law on sales

This chapter illustrates the comparisons in the previous chapter between the remedies of specific performance and *cumplimiento forzoso*, damages and *daños y perjuicios* as well as avoidance and *rescisión* through case law. Judicial and arbitral tribunal decisions are fundamental elements in this comparative study and define the scope of application of the remedies contained in the CISG and the Mexican law on sales. Indeed, it is important for legal practitioners, academics, scholars and the judiciary to know how judicial decisions and arbitral awards have interpreted and set the criteria to apply the remedies available under the CISG and Mexican law. Therefore, Chapter IV presents, in the same order followed by the previous chapters, significant cases that describe the judicial and arbitral interpretations of the remedies compared in this study.

On one hand, the CISG cases concerning the remedies of specific performance, avoidance and damages have been chosen from several

²⁹¹ See pages 149/1 and 153/1.

jurisdictions. For the purposes of this study judicial decisions and arbitral awards were equally weighed and considered to be of the same importance because of the importance of arbitration in international commercial transactions. It is important to note that because the selected cases were decided in different forums, the format of and the information contained in the cases varied considerably. Some decisions are quite complete, while in other cases the information presented in the relevant opinion is minimal.

On the other hand, the Mexican sales cases illustrating the remedies of *cumplimiento forzoso*, *rescisión* and *daños y perjuicios* are all domestic. The decisions contained in this section were rendered by Mexican tribunals with the authority to create *jurisprudencia*.²⁹² The Mexican technique of presenting *jurisprudencias* may frustrate an American lawyer who, in reading decisions of the courts, is accustomed to an explicit statement of the facts, the rationale and the ruling of the judges. In Mexico, the federal tribunals, in the establishment of *jurisprudencias* just state the governing code provision, followed by a brief application, interpreting the law or filling a legal gap; contrary to common law jurisdictions where case law is of major utility and represents a paramount role of judges.²⁹³

²⁹² *Jurisprudencia* is the doctrine created by the decisions of the federal tribunals. The *jurisprudencia* is created by the decisions of the Supreme Court of Justice and the Federal Tribunals. The *jurisprudencia* complements the law by interpreting and applying the law, the usages and the legal principles. LexJuridica, <http://www.lexjuridica.com/diccionario.php> (last visited May 21, 2007).

²⁹³ The only way to discover the underlying facts of the case decided in the *jurisprudencia* is by requesting in writing, on case by case bases, this information from the Supreme Court of Justice. In the written document the requesting party must show his legal interest in knowing the cases of the concrete case.

IV.I CISG cases

IV.I.I CISG cases of the remedy of specific performance

This section illustrates one of the conclusions of this study. CISG specific performance provisions under articles 62, 45, 50, 47, 63 and 28 are not exercised as frequently as Mexican law of sales remedy of *cumplimiento forzoso*. It may be argued that common law jurisdictions are avoiding the application of specific performance provisions of the CISG on grounds of article 28. In other words, it may be hypothesized that common law jurisdictions are exploiting the loophole contained in article 28, and thus not deciding specific performance claims.

However, as it will be described further in this study, the CISG database (CLOUT) registers only two cases that have expressly applied article 28. In other words, common law courts are not using article 28 of the CISG to avoid entering judgments for specific performance. Moreover, one of the two cases decided under article 28 was decided by a United States District Court which granted the remedy of specific performance. The court concluded that UCC § 2-716 was designed to liberalize the common law, which rarely allowed specific performance. Therefore, if the old common law rules limiting specific performance are qualified to follow this liberal approach, the exercise of the remedy of specific performance by common law jurisdictions may increase.

Another possible reason for the infrequent exercise of the specific performance remedy by common law courts could be that common law courts are not familiar with the specific performance provisions of the CISG. For instance, in the CISG database (CLOUT) there is only one case under article 50 that was decided by a common law court. Regarding that case, a U.S. District Court recognized that “the remedy of price reduction under article 50 seems to be based on a principle unknown to the common law”.

One last possibility for such an infrequent use is that lawyers, aware of the common law jurisdictions application of the old common law rule, intentionally avoid bringing specific performance claims to common law jurisdictions. That

rule states that “the remedy of specific performance is permitted only exceptionally as an alternative remedy where there is not an adequate and complete remedy at law by way of compensation in damages”,²⁹⁴

On the contrary, civil law jurisdictions, which are the source of specific performance CISG database cases, do not exercise article 28 because the remedy of specific performance represents the principle of *pacta sunt servanda*, which is one of the most important principles of civil law systems. Therefore, civil law systems do enter judgments for specific performance under their own law in respect to similar contracts of sale not governed by the CISG.

As a consequence of the differentiated exercise of the CISG remedy of specific performance by common and civil law courts, choice of forum clauses acquire a more important dimension. Indeed, if the possibility to avoid specific performance judgments is given by the CISG, and common law decisions applying specific performance provisions are scarce, then, it is reasonable to believe that lawyers are paying attention to this issue because choice of forum clauses might be determine the outcome of cases. In other words, a party seeking a judgment for specific performance, is likely to choose a civil law jurisdiction in the contract’s choice of forum clause.

IV.I.I.1 Seller’s right to Specific Performance

“This CISG provision is designed to assist sellers who have an interest in the performance by the buyer, in particular the obligation to take delivery of the goods. However, illustrations of recourse to this remedy in case law, involving the situation of a buyer refusing to take delivery, are rare. Illustrations of the application of article 62 to the payment of the purchase price, on the other hand, are numerous”.²⁹⁵

²⁹⁴ BOREK CHARLES, *Remedies*, The Maryland Institute for Continuing Professional Education of Lawyers, 2(2003).

²⁹⁵ UNCITRAL Digest of Article 62 Case Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-62.html> (last visited May 21, 2007). For a general statement, see CLOUT case

The purposes of the selected cases in this section are to illustrate how the vast majority of cases (registered in the CISG database CLOUT) granting the remedy of specific performance were decided by civil law jurisdictions (and arbitral tribunals). The selected cases are examples of the application of article 62 specifically chosen to illustrate how civil law jurisdictions tend to make performance of contractual rights and obligations prevail over questions of lack of conformity. No CISG cases applying article 62 decided by common law jurisdictions were found in the CISG database (CLOUT).

This section contains a discussion of three cases. The first two cases are interpretations of article 62 of the CISG as applied to the buyer's obligation to pay the price, and the third and last case includes an interpretation of article 62 as applied to buyer's obligation to take delivery. In each of the first two cases the buyer tried to avoid payment by alleging lack of conformity of the goods delivered. However, payment was ordered despite any questions of conformity of the goods. In the third case the tribunal dismissed a seller's claim seeking a penalty against the buyer for not taking delivery of the goods.

In the first case, *Cervecería y Maltería Paysandú S.A. v. Cervecería Argentina S.A.*,²⁹⁶ decided on July 21, 2002 by the Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, Argentina, the court ordered payment for the goods based on article 62 of the CISG. A Uruguayan company (seller-plaintiff) entered into a contract with *Cervecería Argentina S.A.* (buyer-defendant), for the purchase of malted barley to be delivered to the buyer's industrial plant in Zárate, Argentina.

The buyer accepted delivery of the goods, but refused to fulfill its obligation to pay the price, alleging lack of conformity of the goods.²⁹⁷ After the buyer's refusal to pay the price the seller commenced an action for payment before

No. 133 [GERMANY *Oberlandesgericht* [Appellate Court] München Feb. 8, 1995, available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>.

²⁹⁶ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020721a1.html> (last visited May 21, 2007).

²⁹⁷ *Id.* ¶ 2.

the *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires*, Argentina.

The Court of Appeals found that the CISG was the law applicable to the case. However, the court held that the procedure to determine the nonconformity of the goods delivered was neither settled nor even contemplated by the CISG. Certainly, the CISG is a substantive and not a procedural law. Thus, on the basis of article 7(2) CISG,²⁹⁸ the court turned to the law applicable by virtue of the rules of private international law, i.e. Argentinean law.²⁹⁹ The court held that the buyer did not follow the right procedure under the Argentinean Commercial Code to establish the nonconformity of the goods.³⁰⁰ As a consequence, the buyer lost its right to rely on the nonconformity of the goods delivered by seller. The Court of Appeals held, in conformity with the seller's right to specific performance, that the seller was entitled to receive payment of the contract price under CISG article 62, plus interest (article 78 CISG) thus upholding the judgment rendered by the lower court.³⁰¹

The second case, illustrating the broad interpretation of article 62 of the CISG in relation to the buyer's obligation to pay the price, was decided on May 25, 2001 by the Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry.³⁰² In this case, a Russian firm (seller-claimant) brought a claim against a French firm (buyer-respondent), as a result of partial non-payment of the contract price. The

²⁹⁸ Article 7(2) of the CISG provides: "Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law." CISG, *supra* note 3.

²⁹⁹ *Supra* note 293, ¶ 6.

³⁰⁰ Article 476 of the Argentinean Commercial Code requires nonconformity of the goods to be established by a fixed procedure based on arbitration.

³⁰¹ *Supra* note 273, ¶ 6.

³⁰² CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010525r1.html> (last visited May 21, 2007).

relevant contract of sale included a term that the goods were to be delivered Ex-Works.³⁰³

The buyer retained part of the price of the goods based on the unsatisfactory quality of the goods. However, the terms of the contract required any claims based on defects in the quality of the goods to be brought within sixty days from the date of delivery and to be supported by a certificate issued by a disinterested competent organization. If the buyer failed to bring a claim within the sixty-day period of time, he would waive the claim.³⁰⁴ That is exactly what happened and, on the bases of article 62 of the CISG, the arbitral tribunal sustained the seller's specific performance claim for recovery of the unpaid price as well as for shipping expenses.³⁰⁵

The last case, decided on February 08, 1995 by the Appellate Court of München, Germany,³⁰⁶ applies article 62 of the CISG to the buyer's obligation to take delivery. In this case, an Italian trading company (buyer-plaintiff) and a German automobile marketing company (seller-defendant) concluded a sales contract for eleven cars for a total price of 400.000 D.M. The contract provided that the buyer was to furnish a bank guarantee for the price. However, the buyer only obtained a bank guarantee in the amount of DM 55.000 in favor of the seller.³⁰⁷

In October, the buyer refused to perform, and informed the seller that, due to the extreme exchange rate fluctuations between the Lira and the Mark, acceptance of delivery of the cars was impossible. The buyer asked the seller to try to defer delivery from the ultimate supplier of the cars. In the beginning of November, the seller cancelled all orders it had made with its suppliers. The seller also demanded and received payment of the bank guarantee, for a

³⁰³ *Id.* ¶ 3.

³⁰⁴ *Id.* ¶ 16.

³⁰⁵ *Id.* ¶ 20.

³⁰⁶ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html> (last visited May 21).

³⁰⁷ *Id.* ¶ 1.

sum substantially less than the contract price. Based on article 62 of the CISG, the buyer was allowed to claim repayment of the guaranty sum and damages.³⁰⁸

The Appellate Court held that the buyer had a valid repayment claim against the seller. It specifically held that, although the CISG normally applies to German-Italian sales, it does not regulate the seller's rights concerning bank guaranties. The court, applying rules of private international law, in compliance with CISG article 7(2), determined that German law was applicable.³⁰⁹ The also court found the seller to have been unjustifiably enriched within the meaning of German law since the seller obtained the payment of the bank guarantee without legal grounds. In conclusion, it was held that the seller effectively agreed with the buyer to rescind the contract.

The first and last cases of this section include, in compliance with article 7(2) of the CISG,³¹⁰ the application of domestic laws. These cases may be interpreted as an intrusion by article 7(2) into the CISG scheme of remedies. However, this interpretation is inaccurate since, in these cases, the courts correctly considered the application of domestic law according to article 7(2). This decision was made because, in the first case, even though the CISG has a complete and well-structured section on lack of conformity, it only provides rules for substantive matters and the question resolved by the Argentinean domestic law was a procedural question. In the last case, the court applied the German law correctly according to article 7(2) because the matter to be resolved was a bank guaranty, which is not covered by the CISG. Therefore, in both cases, and consistent with the principles behind the CISG,³¹¹ the courts applied domestic law.

³⁰⁸ *Id.* ¶ 13.

³⁰⁹ *Id.* ¶ 40.

³¹⁰ Article 7(2) of the CISG provides:

Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

³¹¹ *Supra* note 3.

IV.I.I.2 Buyer's right to Specific Performance

Article 46 CISG establishes a buyer's right to specific performance of the contract. After beginning by providing the buyer with a general right to force the seller to perform his contractual obligations, it goes on to give the buyer, two more specific remedies for a seller's breach. The latter remedies include delivery of goods in substitution for the non-conforming goods – 46 (2) - and repair of defective goods – 46 (3). The repair remedy of Article 46 is properly considered a form of specific performance even though, in some instances, the manner in which Article 46(3) is enforced dictates that, it is the buyer who must repair the goods delivered and then impose the cost of repair on the seller.

The judicial and arbitral decisions concerning the remedy of repair form the largest subset of the cases involving specific performance in the CISG database (CLOUT). The selected cases from the CISG database (CLOUT) are intended to establish that almost no common law jurisdictions have decided specific performance cases under the CISG. The only exception was a decision by a United States Federal Appellate Court. This dearth of decisions from common law jurisdictions is as striking with respect to the right of the seller to specific performance under article 62 of the CISG as it is with respect to the right of the buyer to specific performance under article 46 of the CISG. Moreover, the selected cases illustrate how civil law jurisdictions have decided questions involving the buyer's contractual right to receive performance.

The first two cases of this section are decisions granting the aggrieved party damages where the buyer has the goods repaired and then seeks to impose the cost of repair on seller. These cases illustrate the phenomenon explained in the previous paragraph, that even though the remedy of repair is considered as a specific performance remedy, in practice it is a damage remedy. Undeniably, because of the way this remedy is exercised in lack of conformity cases, it is more convenient for buyers to have the goods repaired and then sue the sellers for the cost of the repair. In the third case, the buyer loses his right to demand cure of defective goods because he failed to give notice to the seller specifying the nature of the alleged non-conformity within a reasonable

time after he discovered it. This case illustrates a common cause for the loss of a right to demand cure of defective goods. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter. In this particular case, the tribunal decided that the request for repair was not properly given in conjunction with the notice required by article 39.

The first case was decided by the China International Economic and Trade Arbitration Commission, on July 04, 1997.³¹² In this case, the buyer (claimant), a Chinese corporation, concluded a couple of contracts with the seller (defendant), an American corporation based in Minneapolis, Min., for the purchase of fifteen machines. The two key terms of the sale contract required the seller to deliver the goods FOB Seattle for a total of US\$432,750.³¹³

An important provision of the contract was that the seller was required to install the machines and make them operable within six months after their arrival at the destination port. The terms of the contract were subsequently modified by agreement of the parties. The total number of the machines remained fifteen, but the purchase price was reduced to US\$298,750.³¹⁴ The Chinese company made the first agreed payment to seller, and the seller accepted such payment without objection. However, after the machines' arrival at the port of destination, the buyer discovered defects in the goods that rendered them completely inoperable. The buyer asked the seller to deliver substitute machines or to repair the three most seriously damaged machines. In response, the seller asked the buyer to provide a list of the defective parts and their prices. However, the seller failed to specify any way to resolve the existing problems. For that reason, the buyer repaired the machines himself and brought a claim against the seller for damages (the measure of damages was the cost of repair).³¹⁵ The arbitral tribunal found the seller liable for

³¹² CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704c1.html> (last visited May 21, 2007).

³¹³ *Id.* ¶ 9.

³¹⁴ *Id.* ¶ 10.

³¹⁵ *Id.* ¶ 15.

damages in the amount of the costs incurred by buyer for repairing the machines.³¹⁶

The second case was decided by the China International Economic and Trade Arbitration Commission, on January 31, 2000.³¹⁷ In this case, a Chinese seller (claimant) concluded four contracts with a German buyer (respondent) for the sale of clothes.

After concluding the contracts, the seller delivered the goods required by the contract. After receiving the goods the buyer objected to the quality of the clothes, but received and accepted them anyway. However, even after receipt of the goods the buyer did not pay the necessary sum of money to the bank that had issued a letter of credit, and therefore did not obtain the Bill of Lading that would have enabled the buyer to actually take the goods. The buyer tried to revoke acceptance by refusing to take the goods on the grounds that they were defective in quantity.³¹⁸ As a consequence, the seller had to take the goods back to China to resell them. The seller commenced an action in compliance with the terms of the contract's arbitration clause. The seller claimed payment of damages and other costs from buyer (payment of US \$8,778 for delivery of the No. FL26 goods under Contract No. xxx006 and interest on this price; the transportation cost and warehouse fee for transporting the goods back to China; the purchase price of US \$53,871.20 for the goods No. FL27, FL28, FL29, FL30, FL31 and FL32 and interest; payment of the price difference between air shipment and sea shipment with respect to Contract Nos. xxx007, xxx006, xxx012, xxx011, which amounted to US \$11,422.72, together with interest; and arbitration costs).³¹⁹ The buyer responded with a claim for the cost of repairing defective merchandise previously received under this set of contracts from seller.³²⁰

³¹⁶ *Id.* ¶ 22.

³¹⁷ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000131c1.html> (last visited May 21, 2007).

³¹⁸ *Id.* ¶ 13.

³¹⁹ *Id.* ¶ 15.

³²⁰ *Id.* ¶ 26.

The court held that the buyer had to pay the contract price, and the seller had to pay the costs of repairing the clothes. Moreover, it also found that the buyer's claim for the cost of repairing was meritorious, because buyer (1) repaired the goods at a cost that was reasonable in Germany; (2) resold the goods at the same price; and (3) submitted an audit report issued by an independent auditor.³²¹

The last case was decided by the German District Court of Oldenburg, on November 09, 2004.³²² In this case, an Italian seller (plaintiff), contracted with a German buyer (defendant) for the sale of lorry platforms and belts.

The seller delivered the agreed goods on time, but at the request of the buyer he took back for repair five of the six platforms that had been ordered. Because of this, the seller credited the buyer's account.³²³ For approximately four weeks after return of this portion of the goods, no other notice of lack of conformity pertaining to the remaining two platforms was given. Nevertheless, the buyer refused to pay the remaining purchase price (the original price minus the credit given by seller because of the defective goods) alleging that the seller had delivered non conforming goods.³²⁴ The seller started an action for the price of six lorry platforms and two belts. The buyer counterclaimed alleging lack of conformity of the goods delivered by seller.

The tribunal held that the buyer lost the right to rely on a lack of conformity of the goods because he failed to give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he discovered the defective performance.³²⁵

³²¹ *Id.* ¶ 45.

³²² CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941109g1.html> (last visited May 21, 2007).

³²³ *Id.* ¶ 5.

³²⁴ *Id.* ¶ 8.

³²⁵ *Id.* ¶ 12.

IV.I.I.3 Price Reduction

There are about twenty cases registered in the CISG database (CLOUT) applying article 50. Only one of them was decided in a common law jurisdiction. As previously discussed in this chapter, the third case of this section was decided by a United States District Court that claimed lack of familiarity with this remedy, which certainly is a remedy rooted in the civil law tradition. The purpose of the selected cases in this section is to illustrate the generalized application of the remedy of price reduction by civil law jurisdictions and to exemplify the requirements for exercise of the remedy of price reduction under the CISG.

The first two cases presented in this section are decisions of civil law courts applying article 50 of the CISG. The courts articulate the prerequisites of the CISG's specific performance remedy of price reduction as well as its limitations. The third case is the only case in the CISG database (CLOUT) in which price reduction under the CISG was applied in a common law jurisdiction (specifically the United States District Court for the Southern District of New York). The American court recognizes the same prerequisites and limitations as the courts in the other two cases, and recognizes that this remedy is "not familiar" to the U.S. legal system, which belongs to the common law tradition.

The first case was decided on April 27 1992 by the Swiss District Court of Locarno Campagna.³²⁶ In this case, the buyer-defendant, a Swiss retailer, refused to pay the purchase price of the goods delivered (living room furniture) by seller-plaintiff, an Italian wholesaler of furniture. The buyer alleged lack of conformity of the goods.

The buyer received the goods from the seller and resold part of them to a customer in Geneva. The customer subsequently returned the furniture because it allegedly did not conform to the resale contract. The customer claimed that the pillows were excessively big and that when a person sat on their brim, the pillows would slide causing the person to fall. The buyer promptly notified

³²⁶ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920427s1.html> (last visited May 21, 2007).

the seller of the defects in the goods (both those resold and those remaining unsold) but the seller refused to provide any remedy.³²⁷

Applying articles 38 and 39 of the CISG, the court found that the buyer had lost his right to rely on the non-conformity of the resold goods by not examining or having the goods examined within as short a period as was practicable under the circumstances. The buyer also lost that right by failing to give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after the buyer had discovered it or ought to have discovered it. However, the court granted the buyer a price reduction on the goods it had not resold, since it had promptly notified the seller of their defects and the seller had refused to remedy the defects. The court held that “a reduction of the price pursuant to the provisions of article 50 of the CISG represents an adjustment of the price to the actual value of the goods. Pursuant to well-settled case law, reduction of the price is performed in accordance with the following formula: reduced price: contracted price = objective value of the non-conforming goods: value of conforming goods.”³²⁸

In the second case, decided by the German Appellate Court of Düsseldorf on January 08 1993,³²⁹ a Turkish seller (plaintiff) of fresh cucumbers sued a German buyer (defendant) for the payment of the contract price.

The buyer alleged that he was entitled to a price reduction based on the non-conformity of the goods. In 1991 the buyer contracted to purchase 1,000 tons of Turkish cucumbers from the seller. According to the contract, the goods were to be delivered “free on refrigerated truck Turkish.”³³⁰ The buyer argued that, when the goods arrived in Germany, a portion of the goods was spoiled. In addition, some of the shipments contained smaller quantities than agreed.³³¹

³²⁷ *Id.* ¶ 13.

³²⁸ *Id.* ¶ 26.

³²⁹ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930108g1.html> (last visited May 21, 2007).

³³⁰ *Id.* ¶ 2.

³³¹ *Id.* ¶ 4.

Based on article 38(1) of the CISG the court decided that the buyer failed to examine the goods or cause them to be examined within as short a period as is practicable in the circumstances.³³² Therefore, the court of first instance found that the buyer lost his right to rely on non-conformity of goods and to reduce the price proportionally. The buyer complained only when the goods arrived in Germany –at the earliest, seven days after loading in Turkey–. The court held that the buyer ought to have had the goods examined at the time of loading in Turkey. The appellate court upheld the decision of the court of first instance denying the buyer the right to a price reduction on the grounds that the buyer failed to examine the goods on time. As a legal consequence of the untimely notice, the buyer was obligated to pay the purchase price specified in the contract, in spite of any possible lack of conformity of the goods.³³³

In the third case, *S.V. Braun, Inc. vs. Alitalia-Linee Aeree Italiane, S.p.A.*,³³⁴ decided by the United States District Court for the Southern District of New York on April 06, 1994, Braun (a shipper) brought a law suit against Alitalia (a carrier) for misstating the weight of a shipment. The carrier’s error led the buyer to reduce the price paid to the shipping company.

In 1990, Braun contracted with Nikex Hungarian Foreign Trading Company for the sale of 62,275.5 meters of bathing suit material for a total price of \$ 339,401.47. The fabric was to be delivered to Nikex’s agent, Schenker & Co., A.G. (“Schenker”) in Vienna, Austria, and then forwarded to Nikex in Budapest, Hungary.³³⁵ Braun made its shipping arrangements through a freight forwarder, AEL International Shipping Company (“AEL”). According to the plan, the mill turned over the material to truckers for delivery to the air carrier, Alitalia, at its cargo facility.³³⁶ According to the truckers’ tally sheets, on July 1990, 206 cartons containing 67,915 yards of material weighing 39,661 pounds

³³² *Id.* ¶ 19.

³³³ *Id.* ¶¶ 21, 22.

³³⁴ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940406u1.html> (last visited May 21, 2007).

³³⁵ *Id.* ¶ 2.

³³⁶ *Id.* ¶ 3.

left the mills. This is equivalent to 62,101.48 meters of material weighing 18,006.09 kilograms. Alitalia received the shipment on time and discovered that the air waybill prepared by AEL on Alitalia's form indicated a shipment of 209 pieces weighing 18,118 kilograms. Alitalia's load sheets, however, reflect receipt of 205 cartons weighing 17,299 kilograms.³³⁷ In the next few days, Alitalia transported the shipment from New York to Milan, Italy.³³⁸ The shipment was delivered to Schenker, the named consignee, in Vienna. Schenker transported the fabric to Nikex in Budapest and notified it of the discrepancy in the AEL and ALITALIA documents. Alitalia attempted to ascertain why only 205 cartons had been delivered when 209 had been indicated on the waybill.³³⁹

Nikex contended that four cartons did not arrive and that after measuring the fabric, 5,600 yards were found to be missing. Nikex further claimed that the color of the fabric was defective. On the basis of these claims, Nikex withheld \$ 100,000.00 of the purchase price, and Braun tried to recover that amount from ALITALIA.³⁴⁰ Alitalia, in turn, filed a third-party complaint against Nikex and AEL. The claims against Nikex were dismissed for lack of personal jurisdiction, while a default was entered against AEL. Accordingly, only Braun's claims against Alitalia remained to be tried.³⁴¹ Braun contended that Alitalia negligently misstated the weight of the goods in the relevant documents and thereafter failed to exercise due care in investigating and correcting its errors. Braun argued that its position was supported by article 50 of the CISG.

The District Court rejected Braun's argument, explaining that, while the Vienna Convention may permit a proportionate reduction in price for non-conforming goods, Braun had stipulated here that the goods delivered to Nikex were conforming. Accordingly, Nikex had no legal justification for withholding payment.³⁴² The District Court further explained that "the amount of the price

³³⁷ *Id.* ¶ 4.

³³⁸ *Id.* ¶ 5.

³³⁹ *Id.* ¶ 6.

³⁴⁰ *Id.* ¶ 8.

³⁴¹ *Id.* ¶ 17.

³⁴² *Id.* ¶ 27.

reduction under article 50 seems to be based on a principle unknown to the common law. To phrase the matter in a fashion that echoes the traditional description of common law remedy principles, one could say that article 50 puts an aggrieved buyer in the position she would have been in had she purchased the goods actually delivered rather than the ones promised – assuming she would have made the same *relative* bargain for the delivered goods”.³⁴³

These price reduction cases illustrate important court decisions that support the analysis of the CISG provisions made both in Chapter I and in Chapter III. The first case has a Swiss District Court decision that incorporated the reduction of price formula given by professor Schlechtriem in Chapter I.³⁴⁴ In other words, the suggested formula to compute price reduction presented in Chapter I is clearly applied by the courts. The second decision makes a connection of article 50 with article 38, establishing, in this particular case, the close relation between the CISG remedy of specific performance with the obligation to examine the goods or to have them examined as soon as it is feasible in the circumstances.

And lastly, the third case relates to a decision that is particularly important to this comparative study. A United States District Court judge contended that the remedy of price reduction is foreign to common law remedy principles. This contention is controversial since there is, in UCC 2-714(2), a provision that states that damages for accepted goods that breach a warranty are measured by the difference in value between the goods promised and those delivered. However, even recognizing that the effect of this UCC provision may result in outcomes equivalent to those reached under CISG article 50, price reduction under article 50 should be regarded as an adaptation of the contract itself by judicial order and not as an award of damages.³⁴⁵ Therefore, price reduction is not merely the difference in value between defective and non-defective goods.³⁴⁶

³⁴³ *Id.* ¶¶ 37-40.

³⁴⁴ SCHLECHTRIEM, *supra* note 38.

³⁴⁵ *Id.*

³⁴⁶ *Id.*

IV.I.1.4 Buyer's Right to Fix an Additional Period of Time to Perform

Although there are cases decided by common law courts applying the buyer's or seller's right to fix an additional period of time to perform under articles 47 and 63 of the CISG, no decisions were considered important for this comparative study. Most of the cases have been decided by German courts where the right in question is better known as *nachfrist*. The purpose of the selected cases of this section is to corroborate that the most interesting CISG cases concerning the right to fix an additional period of time to perform have been decided by civil law jurisdictions. As noted before, a probable cause of this fact is that civil law jurisdictions have a greater familiarity with this remedy, due to its Roman-Germanic origin.³⁴⁷

The cases at hand also set forth the requirements of and the criteria for the buyer's right to grant the seller an additional period of time to perform under the CISG. The first two cases illustrate the necessity of resort to *nachfrist* if the aggrieved party wishes to avoid the contract in the absence of fundamental breach. In the last two cases the decisions sustain claims for avoidance, when the party facing a partial breach fixed an additional period of time to perform, and the party in breach failed to do so within the additional time.

The first case was decided by the German lower court AG Oldenburg in Holstein on April 24, 1990.³⁴⁸ In this controversy, a German fashion retailer (buyer-defendant) and an Italian clothing manufacturer (seller-plaintiff) concluded a contract for the sale of fashion goods for DM 4,583, with the specification "autumn goods, to be delivered July, August, September + -".³⁴⁹

When seller attempted the first delivery on September 22, buyer refused to accept it, arguing that delivery was untimely under the contract. Buyer and seller clearly had different interpretations of the phrase: "autumn goods, to be delivered July, August, September + -." The seller sued the buyer and asked

³⁴⁷ ZIEGEL, *supra* note 179 at 1.

³⁴⁸ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/900424g1.html> (last visited May 21, 2007).

³⁴⁹ *Id.* ¶ 2.

the court to order the buyer to pay the seller DM 4,583 plus interest. The seller argued that the phrasing of the order—in particular the use of a “+ -” sign—indicated that the end of the delivery period was to be open. Therefore, delivery of the goods by September 22 was within the delivery date specified in the contract.³⁵⁰

The court found that the buyer was not entitled to avoid the contract, despite the alleged late delivery. The court based its decision on the fact that the buyer was not deprived of what he was entitled to expect under the contract according to article 25 of the CISG, and the alleged delays in deliveries therefore did not constitute a fundamental breach of contract. In addition, the buyer had failed to grant the seller an additional period of time to perform his contractual obligations.³⁵¹ Therefore, article 49 did not authorize avoidance.

The second case was decided by the German Appellate Court of Düsseldorf, on February 10, 1994.³⁵² In this case, a German buyer (defendant) refused to pay the purchase price (6,120.13 DM), arguing that parts of the fabrics delivered by the seller (plaintiff), an Italian seller of textiles, were of a color different from the one specified in the contract.

The court held that, according to article 35 of the CISG, the fact that some of the textiles delivered by seller were of a different color did not amount to a fundamental breach of contract, since the textiles were not unfit for the purpose for which they were bought. The court held that the delivery of the textiles of different color constituted only a partial failure to perform.³⁵³ Therefore, the buyer was not entitled to avoid the contract without giving seller an additional period of time to cure his defective performance. However, the buyer failed to do so. In consequence, the Appellate Court affirmed the decision of the lower court ordering payment of the full purchase price by the buyer.³⁵⁴

³⁵⁰ *Id.* ¶ 5.

³⁵¹ *Id.* ¶ 20.

³⁵² CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940210g2.html> (last visited May 21, 2007),

³⁵³ ¶ 3.

³⁵⁴ *Id.* ¶ 9-11.

The third case of this section was decided by the German Appellate Court of Oberlandesgericht Celle on May 24, 1995.³⁵⁵ The buyer (plaintiff), an Egyptian businessman, and the seller (defendant), a German company trading in used printing machines, concluded a contract for the sale of nine used printing machines. The contract required the machines to be shipped to Egypt.

The parties agreed to the delivery of the goods in two shipments, the first of six machines and the second of three machines. According to the contract, the buyer was to pay part of the contract price in advance, which he did. However, contrary to the agreement of the parties, the first shipment contained only three machines.³⁵⁶ The buyer demanded shipment of the missing three machines several times. After waiting a reasonable period of time for the machines to be delivered, the buyer declared to the seller that he had no longer any use for the three missing machines. The seller demanded the buyer's acceptance of delivery and contended that the machines had been available at the time and place for delivery according to the contract. Therefore, according to the contract, the buyer was responsible for receiving and paying for the machines.³⁵⁷

With respect to the second shipment (the last three machines), the buyer, relying on the CISG *nachfrist* provisions, fixed a final period of time of two weeks for delivery (the original delivery date had passed). The seller did not deliver within that additional period of time. Shortly after the period of time had expired, the Seller offered shipment against payment in advance.³⁵⁸ The buyer refused the seller's proposal and declared—seven weeks after fixing the additional delivery period—the avoidance of the contract for the second shipment of three machines. The buyer sued for damages.

The court found the buyer's claim to be justified. As for the three missing machines from the first shipment, the parties had successfully agreed upon

³⁵⁵ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950524g1.html> (last visited May 21, 2007).

³⁵⁶ *Id.* ¶ 1.

³⁵⁷ *Id.* ¶ 3.

³⁵⁸ *Id.* ¶ 15.

termination of the contract.³⁵⁹ With regards to the second shipment, the contract was properly avoided by the buyer's unilateral declaration. The seller breached the contract by not delivering the machines within the time fixed by the contract, and failing to perform even during the reasonable additional period of time fixed by buyer.

The last case involving a judicial interpretation of Article 47 was decided by the German Appellate Court of Naumburg, on April 27, 1999.³⁶⁰ In this case, the buyer (defendant), a German car retailer, ordered a car from the seller (plaintiff), a Danish wholesaler.

The time of delivery was set in the contract at "no later than 15 March 1997". On January 29 1997, the seller accepted this offer even though at a later time the seller gave a different delivery date stated as "April, time of delivery remains reserved".³⁶¹ The seller failed to deliver the vehicle by the date specified by the buyer. The buyer then fixed an additional period of one week for the seller to perform; however, the seller was unable to meet the deadline. After the additional period had lapsed without performance by the seller, the buyer declared the contract avoided.³⁶² Seven weeks after the buyer's declaration of avoidance the seller delivered the car but the buyer refused to pay for it. The seller successfully resold the vehicle to another customer and then sued the buyer for the difference between the contract price and the price obtained from the substitute sale.³⁶³

The Court dismissed the seller's claim stating that the buyer had properly avoided the contract. When the seller did not deliver by the date specified by the buyer, the buyer properly fixed an additional period of time after which the contract could be considered avoided.

³⁵⁹ *Id.* ¶ 18.

³⁶⁰ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990427g1.html> (last visited May 21, 2007).

³⁶¹ *Id.* ¶ 4.

³⁶² *Id.* ¶ 7.

³⁶³ *Id.* ¶ 10.

The decisions of the cases of this section confirm an important distinction between the CISG and Mexican law in regards to categories of breach. Contrary to the Mexican law plain concept of breach, the CISG's distinction and requirement of a fundamental breach in order to avoid the contract, has a clear impact in the specific performance remedy of *nachfrist*. Certainly, *nachfrist* constitutes an advantage to the buyer not suffering from a fundamental breach, desires to declare the avoidance of the contract. By fixing an additional period of time to perform, the buyer may make the issue of whether a breach is fundamental irrelevant to the availability of the remedy of avoidance.

Therefore, *nachfrist* may be seen as adding flexibility to the CISG approach to the remedy of avoidance. That is, by permitting the avoidance of a contract, when a fundamental breach is not present but an additional period of time has been fixed and expired, the CISG effectively softens the otherwise stringent requirement of a fundamental breach.

IV.I.1.5 Seller's Right to Fix an Additional Period of Time to Perform

Three cases in this section represent interpretations of the article 63 right of the seller to fix an additional period of time for the performance of the contract. In the first case, the court interprets the requirement that the seller fix an additional period of time in order to avoid the contract when a breach is not fundamental. The second case holds that the aggrieved party properly avoided the contract after fixing an additional period of time to perform. The third case contains a tribunal's interpretation of fixing an additional period of time to perform. Indeed, in this last case, the court recognized an implied declaration by the aggrieved party, granting an additional period of time. This decision is both surprising and contrary to other decisions discussed in this section in which an express declaration of an additional period of time to perform was required from both the buyer and the seller. The consequences of this decision may be important. If other courts follow this lenient approach to *nachfrist*,

where no express declaration is required, then the incidence of this remedy may increase significantly. This may occur because the buyer or the seller may allege that he has given his counterpart an additional period of time to perform and rely on the elapsed time as his only proof. In other words, this approach suggests that there are no necessary requirements besides mere delay in avoidance to constitute *nachfrist*.

The reason the cases in this section were selected is to show that most of article 63 cases of the CISG database (CLOUT), have been decided by civil law courts.³⁶⁴ A possible cause of this fact is the same as the explanation offered in the previous section, that is, that the specific performance remedy of *nachfrist* is not as familiar to common law jurisdictions as it is to civil law jurisdictions.

Moreover, these cases interpret the requirements for fixing an additional period of time to perform and illustrate the right to avoid the contract when, after the additional period of time, the breaching party does not perform his contractual obligations. The first case was decided by the French Appellate Court of Grenoble, on February 04, 1999.³⁶⁵ A French company (buyer-defendant) contracted with a Spanish company (seller-plaintiff) for the sale of 860,000 liters of pure orange juice. The parties stipulated that the deliveries would take place from May to December 2006. However, the parties agreed to modify the contract by moving the September delivery date back to late August.³⁶⁶

In late August the seller delivered the goods but the buyer refused them. However, in September, the buyer requested delivery of the goods, but seller refused to deliver. The buyer bought substitute juice from another supplier at a higher price, and then refused to pay the original seller for previous deliveries.³⁶⁷

³⁶⁴ See page 91/4.

³⁶⁵ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990204f1.html> (last visited May 21, 2007).

³⁶⁶ *Id.* ¶ 5.

³⁶⁷ *Id.*

The court of first instance found that the seller was entitled to defer the performance of its obligations on account of the delay on the buyer's part in taking delivery. That ruling that was set aside by the Court of Appeals, which determined that the buyer had not committed a fundamental breach of contract, under article 25 of the CISG.³⁶⁸ In the absence of any fundamental breach by the buyer, the seller should have granted the buyer an additional period of time to take delivery. The seller's unilateral avoidance was therefore a wrongful termination of the contract. The court awarded damages to the buyer. This case is another illustration that, in the absence of a fundamental breach and *nachfrist*, the aggrieved party does not have the remedy of avoidance available. And as noted before, this rule does not apply in Mexican law because it does not recognize categories of breach. Accordingly, the remedy of *rescisión* is available to the aggrieved party as a consequence of any breach of contract.

The second case involving an interpretation of Article 63 was decided by the Austrian Supreme Court on April 28, 2000.³⁶⁹ In this case, a German seller (plaintiff) sold jewelry to two Austrian buyers (defendants). The contract concluded by the parties required payment in advance by the buyer.

The buyer did not make payment in advance and, after three reminders, the seller expressly granted the buyer an additional period of time for payment. In granting the additional period of time, the seller specifically stated that, after the expiration of that period, he would refuse to accept any payment and would claim damages or declare the contract avoided.³⁷⁰ The buyer did not pay the price during the additional period of time fixed by seller, contending, due to an ambiguity in the contract, that the parties had agreed on payment after delivery. The seller then brought a law suit claiming damages for breach of contract by the buyer.³⁷¹

³⁶⁸ *Id.* ¶ 6.

³⁶⁹ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428a3.html> (last visited May 21, 2007).

³⁷⁰ *Id.* ¶ 1, 2.

³⁷¹ *Id.* ¶ 12.

The Court of Appeals ordered the buyer to pay damages, holding that the seller's declaration of avoidance was timely and valid. The Supreme Court affirmed this decision.³⁷²

The last case was decided by the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, on January 09, 1992.³⁷³ In this case, an Italian seller of machinery for a production line of foamed boards (claimant) contracted to sell such machinery to a Finnish buyer (defendant).

The buyer was supposed to make three down payments to the seller but only made two timely payments and failed to pay the third down payment on the required date.³⁷⁴ The seller waited over three months before declaring the avoidance of the contract and started arbitral proceedings to claim damages from buyer.

The arbitral tribunal approved the seller's declaration of avoidance of the contract following the buyer's failure to pay the price. The tribunal declared that, even though the mere delay in payment by the buyer was not in itself a fundamental breach, in this case the seller waited several months before declaring the contractual relations terminated. The tribunal held that the period between the buyer's default and the declaration of avoidance by the seller should be regarded as an additional period of time fixed by the seller.³⁷⁵

Although *nachfrist* is a form of specific performance, the most significant conclusions found in the cases concern the disjunctive requirement of a fundamental breach or the expiration of a *nachfrist* for a declaration of avoidance. This section also illustrates how the *nachfrist* requirement is interpreted by the courts, and how important it is for the CISG to have an alternate route to avoidance when there is no fundamental breach of contract.

³⁷² *Id.* ¶ 16, 20.

³⁷³ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html> (last visited May 21, 2007).

³⁷⁴ *Id.* ¶ 1.

³⁷⁵ *Id.* ¶ 3.

IV.I.1.6 Request for the Remedy of Specific Performance

As of this writing, the CISG databases (CLOUT) register only two cases that have been decided applying article 28 of the CISG. The first case was decided by an Arbitral Tribunal and the second one by a United States District Court.

In the first case, the Arbitral Tribunal decided to deny the remedy of specific performance because it was not justified under Russian law; while in the second case the United States District Court decided to grant the remedy of specific performance on the grounds that UCC § 2-716 was designed to liberalize the common law, which rarely allowed specific performance.

While the first case of this section illustrates how a national law can set high standards for a grant of the remedy of specific performance, the second case reflects how some jurisdictions liberalize old rules in order to make the remedy of specific performance more readily available.

The first case was decided on May 31 1996, by the Zürich Chamber of Commerce.³⁷⁶ In this case, a Russian firm (seller-respondent), that produced raw aluminum, contracted with buyer (claimant), a group of companies who manufactured aluminum castings and worked in Argentina and Hungary.

The seller was privatized in December 1994 and the seller's new owners stopped all deliveries of raw aluminum to the buyer from early February 1995 onwards pending an internal investigation. After this date, deliveries were never resumed. The buyer, among other complaints, filed a claim for specific performance or, alternatively, for damages before the Zürich Chamber of Commerce (Arbitral Tribunal). "The arbitral tribunal found it appropriate to apply Russian law to all aspects of the contractual relationship between the parties and stated that, in Russian law, the CISG applies to the international sale of goods for contracts made on or after September 1, 1991".³⁷⁷ "Issues also appear to have been present involving, on the one hand, shares in a company and, on the other hand, the question of fundamental error, mistake

³⁷⁶ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960531s1.html> (last visited May 21, 2007).

³⁷⁷ *Id.* ¶ 5.

and other aspects of the making of the contract. For these issues the Arbitral Tribunal turned to general Russian law, citing CISG article 2(d) with respect to the former and CISG articles 4(a) and 7(2) with respect to the latter”.³⁷⁸

Under the CISG, an aggrieved party is not required to make an election of remedies and is, therefore, not prevented from claiming damages if it has claimed specific performance (art. 45(1) CISG). The Arbitral Tribunal awarded buyer damages in an amount in excess of \$19 million, but saw no basis for the claim for specific performance under Russian law. Apart from that, the Arbitral Tribunal failed to see how specific performance could be an appropriate remedy for the buyer in this case.³⁷⁹

In this case, the Arbitral Tribunal determined, in compliance with article 28 of the CISG, that Russian courts would not enter a specific performance judgment in similar contracts of sale governed by Russian law. This tribunal clearly believed that specific performance was not the appropriate remedy for the case and used the loophole of article 28, which enabled it to rely instead on the Russian remedies available for a breach of contract. Due to the fact that there is no higher tribunal to review the Arbitral Tribunal’s decision (at least as to substantive issues), it seems difficult, if not impossible, that the tribunal’s decision to use article 28 of the CISG to avoid granting specific performance could be reviewed. In cases like this, article 28 appears to be more than a simple escape hatch; it becomes a clear and open option to chose between the CISG remedy of specific performance and the domestic law otherwise applicable to the case.

The second case was decided on December, 07 1999 by the United States District Court for the Northern District of Illinois.³⁸⁰ In this case, an Illinois distributor of steel products (plaintiff), entered into a contract with a steel trader with headquarters in Germany and a sales office in Illinois (defendant).

³⁷⁸ *Id.* ¶ 6.

³⁷⁹ *Id.* ¶ 19.

³⁸⁰ CISG Case Presentation-Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html> (last visited May 21, 2007).

The contract called for the purchase of steel to be manufactured in the Ukraine to the plaintiff's specifications.

By letter dated January 28, the buyer provided the seller with written specifications for 5,585 metric tons of steel bars, with proposed pricing, and with an agreement to issue a letter of credit to the seller as the buyer's method of payment. The seller responded two weeks later by proposing prices \$ 5 to \$ 20 per ton higher than those the buyer had specified.³⁸¹ On February 15 the buyer accepted the seller's price increases, agreed on 4,000 tons as the quantity being purchased, and added \$ 5 per ton over the seller's prices to ship from the buyer's preferred port (Ventspils, Latvia). After some disagreement by the parties in regard to the content of the letter of credit, the defendant stated that, unless the letter of credit was amended, it would "no longer feel obligated" to perform and would "sell the material elsewhere." The plaintiff canceled the letter of credit he had issued for this transaction and the defendant sought to sell the steel to other buyers.³⁸² The plaintiff started a legal action in the United States Court for the Northern District of Illinois to recover damages and to obtain a court order directing the defendant to deliver the steel.³⁸³

Art. 46(1) of the CISG appears to make specific performance routinely available under the CISG. But CISG article 28 conditions the availability of specific performance:

"If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter judgment for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention."

"Simply put, that looks to the availability of such relief under the UCC. And in pleading terms, any complaint adequate to provide notice under the UCC is

³⁸¹ *Id.* ¶ 2.

³⁸² *Id.* ¶ 8.

³⁸³ *Id.* ¶ 27.

equally sufficient under the Convention”.³⁸⁴ “Given the centrality of the replaceability issue under UCC § 2-716(1) a court may decree specific performance ‘where the goods are unique or in other proper circumstances’. That provision’s Official Commentary instructs that such an inability to cover should be considered ‘strong evidence’ of ‘other proper circumstances’. UCC § 2-716 was designed to liberalize the common law, which rarely allowed specific performance”.³⁸⁵ Determining the availability of relief under the UCC, “a pleader need only allege the difficulty of cover to state a claim under that section. The buyer in this case has done that”.

The Court found that the complaint stated sufficient facts to justify an order of specific performance under article 46(1) CISG and domestic law (UCC), which the Court found to be relevant by virtue of article 28 CISG.³⁸⁶

In this case, the plaintiff sued to recover damages and to obtain a court order for specific performance. The possibility of resorting to the remedies of damages and specific performance is available since, in this case, these remedies are complementary. This decision is very important for this comparative study as it clearly conditions the availability of the specific performance remedy under the UCC on an allegation of the difficulty of cover.

If this interpretation is followed by other U.S. courts and other common law jurisdictions with provisions similar to the UCC section 2-716(1), article 28 of the CISG will serve as last resort when the particularities of a given case so justify, and not as an open option to opt out of the application of the remedy of specific performance under the CISG.

IV.I.II CISG cases on the remedy of avoidance

“Avoidance of the contract is a remedy that serves as a means of last resort (*ultima ratio*) which applies when the aggrieved party can no longer be

³⁸⁴ *Id.* ¶ 34.

³⁸⁵ *Id.* ¶ 35.

³⁸⁶ *Id.* ¶ 37.

expected to continue the contract, and only terminates the contract when he provides notice of avoidance (art. 26). Provided that all prerequisites for termination of the contract by the avoiding party are met, the affected party is entitled to terminate the contract at any time”.³⁸⁷

There are many cases in the CISG databases (CLOUT) granting or denying the remedy of avoidance to the buyer and the seller. The decisions of the judicial and arbitral tribunals in this regard are based on articles 49 and 64 of the CISG

IV.I.II.1 Preconditions for Buyer and Seller to Avoid the Contract

IV.I.II.1.1 Buyer’s right to avoid the contract

The decisions of the cases in this section are important because they illustrate the courts’ standards for granting the buyer the right to avoid the contract under the CISG. Courts have clarified the distinction between a partial breach and a fundamental breach confirming that the latter is the only category of breach that allows the aggrieved party to avoid a contract. As more specifically described in each case, courts tend to set a high standard of proof for the buyer in demonstrating the existence of a fundamental breach. In addition, the tribunals have imposed on the buyer the obligation to make an express declaration of avoidance of the contract to the seller.

The first case chosen to illustrate the buyer’s remedy of avoidance under article 49 of the CISG is a judicial decision denying the buyer the right to declare avoidance of the contract for failure to establish a fundamental breach within the meaning of article 25 of the CISG. The decision in the second case also

³⁸⁷ UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sales of Goods, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-49.html> (last visited May 21, 2007). In this sense *see, e.g.*, CLOUT case No. 171 (GERMANY *Bundesgerichtshof* – Federal Supreme Court– 3 April 1996, available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>).

denies the buyer's right to declare the contract avoided because the requirement of a fundamental breach of contract was not satisfied. In addition, the tribunal held that the declaration of avoidance was not expressly made known to seller. The third is also a judicial decision denying the right to avoid the contract to a buyer because the breach of contract by seller was not fundamental. The fourth and last case of this subsection sustained the buyer's right to avoid the contract based on article 25 of the CISG because seller's breach amounted to a fundamental breach of contract.

The first case was decided by the Supreme Court of Germany, on April 03, 1996.³⁸⁸ In this case, a German buyer (defendant) entered into a contract with a seller (plaintiff) from the Netherlands, for the sale of cobalt sulphate. The parties agreed in the contract that the four different installments of cobalt sulphate should all be of British origin and that the plaintiff should supply certificates of origin and of quality to the seller. The parties also agreed in the contract that payment should be "net cash against documents".³⁸⁹

After the buyer received the requisite documents from the seller, the buyer declared the contract avoided. The buyer's ground for avoidance was that the origin of the cobalt sulphate was not Britain but South Africa, and the certificate of origin was therefore wrong. The seller nonetheless requested payment from the buyer, but the buyer refused to pay based on the breach of contract by the seller.³⁹⁰ The buyer repeated his declaration of avoidance after granting the seller an additional period of time to provide four separate Certificates of Analysis to prove the quality of the goods. The seller failed to supply them. The buyer also based his declaration of avoidance on the fact that the goods contained 2% indissoluble parts and therefore, were not of customary trade quality.

The German Supreme Court decided that the declaration of avoidance could not be based on article 49(1)(b) of the CISG since the plaintiff had effected

³⁸⁸ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html> (last visited May 21, 2007).

³⁸⁹ *Id.* ¶ 89.

³⁹⁰ *Id.* ¶ 4.

delivery. A defective delivery does not constitute non-delivery, and the latter triggers article 49(1)(b) of the CISG. Delivery of incorrect documents by the seller therefore does not give the buyer the right to avoid the contract.³⁹¹ The Supreme Court also found that there was no fundamental breach of contract under Article 49(1)(a) since the buyer failed to show that he was substantially deprived of what he was entitled to expect under the contract. The Court held that there were no grounds for avoidance of the contract and that the buyer could not refuse payment.³⁹²

This case is particularly important to this comparative study since it demonstrates the rigid application of article 25 of the CISG. By eliminating a wide range of defective deliveries from the possible grounds to declare a contract avoided, the court clearly limits this buyer's right to complete non-performance cases and fundamental breach cases. This judicial decision puts a heavy burden of proof on the buyer to show he was substantially deprived of what he was entitled to expect under the contract.

The second case was decided by the German District Court of Frankfurt, on September 16, 1991.³⁹³ In this case, a German buyer (defendant) contracted with an Italian seller of shoes (plaintiff). In 1989 the German retailer ordered one hundred and twenty pairs of shoes "*Esclusiva su B*" from the Italian manufacturer. The seller delivered the goods and the buyer accepted them.³⁹⁴

Some months after the buyer took delivery he learned that identical shoes supplied by the same Italian manufacturer were offered for sale by a competitor at a considerably lower price. At that time the buyer had resold twenty pairs of shoes for which he agreed to pay the seller. However, the buyer returned the remaining one hundred pairs to the seller and cancelled a second order which was to have been effective in 1990. The seller asserted a claim against

³⁹¹ *Id.* ¶ 7.

³⁹² *Id.* ¶ 14.

³⁹³ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910916g1.html> (last visited May 21, 2007).

³⁹⁴ *Id.* ¶ 1.

the buyer for the purchase price of the shoes sold. The buyer argued that the contract had been properly avoided as to the deliveries of both 1989 and 1990.³⁹⁵

The court found that the cancellation of the order of 1990 was not an express declaration of avoidance of the order of 1989, since it referred to another order. The court further held that, even if a declaration of avoidance is implied, the buyer did not avoid the entire contract—one hundred and twenty pair of shoes—as evidenced by the resale of 20 pairs.

Moreover, the court determined that the buyer was not entitled to avoid the contract because of the lack of a fundamental breach. In addition, a breach of contract as such does not result in the termination of the contract because an express declaration of avoidance by the buyer is required. In the case at hand, the buyer did not explicitly declare the avoidance of the sales contract arising from the order of 1989.³⁹⁶

This case is relevant to this section because it illustrates four important elements of the buyer's right to avoid the contract. First, the court establishes the requirement of an express declaration of avoidance by the buyer. Second, the court holds that a declaration of avoidance of one order does not operate as avoidance of a separate order or of the entire contract. Third, the decision distinguishes between a partial breach and a fundamental breach of contract, and clarifies that a partial breach is not sufficient to declare the contract avoided. Lastly, the court was precise in holding that selling to one customer at a higher price than one sells to others is not a fundamental breach of contract.

The third case was decided by the German Appellate Court of Koblenz, on January 31, 1997.³⁹⁷ In this case, a German buyer (defendant) contracted with a seller (plaintiff) from the Netherlands for the sale of reels of acrylic blankets. The seller delivered the reels of acrylic blankets to the buyer. Upon receipt, the buyer notified the seller of the poor quality of the goods and

³⁹⁵ *Id.* ¶ 2.

³⁹⁶ *Id.*

³⁹⁷ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970131g1.html> (last visited May 21, 2007).

claimed, in addition, that five reels of blankets were missing. The seller brought an action for the outstanding purchase price and the buyer claimed a set-off.³⁹⁸

The court found that, even though the buyer proved the lack of conformity of the goods, he had lost his right to rely on the lack of conformity (and thus declare the avoidance of the contract) under article 39 of the CISG. The reason was that, although the buyer gave notice to the seller of the missing reels, he did not specify the design of the reels. Because the seller had delivered reels of different designs, the notice with no reference to a specific design did not enable the seller to remedy the non-conformity. The notification thus failed for lack of specificity.³⁹⁹

This decision illustrates an important requisite for a buyer to avoid a contract. In addition to the requirements of a fundamental breach and an express notice of avoidance, the buyer needs to specify, in the notice, the nature of the breach in order to give the breaching party the opportunity to cure any lack of conformity.

The last case of this subsection was decided by the German Appellate Court of Frankfurt, on September 17, 1991.⁴⁰⁰ In this case, a German buyer (defendant) entered into a contract with an Italian seller (plaintiff) for the sale of 130 pairs of shoes. The shoes were to be manufactured according to the buyer's specifications and marked with an "M" designation. The buyer also held a separate license for exclusive rights to market the shoes with the designation "M." At a trade fair held in Italy, the seller exhibited shoes marked with an "M." The buyer demanded that the shoes be removed from the exhibit, but the seller refused.⁴⁰¹ After the end of the trade fair, the buyer sent a telegram to the seller declaring the avoidance of the contract due to the seller's breach. The buyer expressly refused to pay for the 130 pairs of shoes and expressed his intention to produce the shoes through another Italian manufacturer. The seller sued the buyer for non payment of the purchase price.

³⁹⁸ *Id.* ¶ 1.

³⁹⁹ *Id.* ¶ 2.

⁴⁰⁰ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910917g1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴⁰¹ *Id.* ¶ 1.

The court held that the buyer had timely –within a reasonable time period– and effectively –through a telegram received by the seller– declared the avoidance of the contract. The seller’s breach of the ancillary duty of preserving exclusivity constituted a fundamental breach of the contract since it endangered the purpose of the contract to such a degree that, the buyer was deprived of what he was entitled to expect under the contract.⁴⁰² The court found that the buyer’s telegram constituted a declaration of avoidance of the contract because the buyer clearly communicated his intention to terminate the contract.⁴⁰³

As seen by the cases above, the requirements of fundamental breach and express notice of avoidance are applied quite strictly by the courts. This demonstrates the existence of a different range of application of the CISG remedy of avoidance and the Mexican remedy of *rescisión*, which does not recognize categories of breach. The fact that Mexican law does not require the existence of a particular kind of breach or an express notice of avoidance by the aggrieved party, proves that the remedy of *rescisión* is more readily available than the remedy of avoidance under the CISG.

IV.I.II.1.2 Seller’s right to avoid the contract

The cases of this section illustrate how the seller’s remedy of avoidance is exercised under the CISG, and also illustrate the requirements imposed by various tribunals as a condition of granting it. The cases that illustrate the seller’s remedy of avoidance under article 64 of the CISG include first, a court’s decision granting the seller the right to declare the avoidance of the contract on the basis of article 25 of the CISG. In the second case the court granted the remedy of avoidance to the seller because the buyer failed to take delivery of the goods. The third and final case is a court’s decision granting the remedy of avoidance due to a fundamental breach of contract by the buyer.

⁴⁰² *Id.* ¶¶ 6, 7.

⁴⁰³ *Id.* ¶ 8.

The first case was decided by the Australian Supreme Court of Queensland, on November 17, 2000.⁴⁰⁴ In this case, a buyer from Malaysia (defendant) contracted with an Australian seller (plaintiff) for the sale and shipment of scrap steel. The parties agreed in the contract that the buyer was required to supply a letter of credit in favor of the seller prior to the shipment of the goods.

Shortly before providing the letter of credit, the management of the buyer changed. Under the new management structure, the buyer was obliged to obtain permission from an executive committee before providing a letter of credit.⁴⁰⁵ The buyer failed to provide a letter of credit upon the seller's request, as the executive committee could not communicate the necessary instructions within a short period of time. Upon receipt of a communication to that effect from the buyer, the seller sent a reply purporting to accept the buyer's repudiation of its contractual obligations and terminating the contract. After the repudiation by the buyer, the seller arranged a substitute sale of the scrap steel that had been ready for shipment to the buyer. Because that substitute sale caused the seller to suffer significant losses, he commenced an action against the buyer to avoid the contract and to collect damages.

The court found that the seller could declare the contract avoided because the buyer failed to perform. In other words, the buyer failed to meet its "obligation to pay the price" of the goods by refusing to provide the agreed letter of credit in favor of the seller. Failure to satisfy that obligation amounted to a fundamental breach of contract.⁴⁰⁶

This case is consistent with the previous decisions regarding the buyer's requirements for avoidance of the contract because of the strict application of article 25 of the CISG. The court determined that the lack of performance of the buyer's main obligation, i.e., paying the price, amounted to a fundamental breach, and therefore, the seller was entitled to avoid the contract.

⁴⁰⁴ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001117a2.html> (last visited May 21, 2007).

⁴⁰⁵ *Id.* ¶ 2.

⁴⁰⁶ *Id.* ¶¶ 4, 6.

The second case was decided by the German Appellate Court of Hamm, on September 22, 1992.⁴⁰⁷ In this case, a German buyer (defendant) contracted with an Italian seller (plaintiff) for the sale of frozen bacon.

The buyer offered to purchase ten lots of wrapped bacon from the seller and the seller purported to accept the buyer's offer referring, instead, to unwrapped bacon. However, the buyer did not object to the change of terms in the seller's reply.⁴⁰⁸ Thereafter, the seller delivered four lots of unwrapped bacon to buyer, but the buyer refused to accept further deliveries. (The first four lots were accepted by the buyer). The seller then declared the avoidance of the contract and resold the remaining six lots at a price much lower than both the market and the contract price. The seller started an action against the buyer for the difference between contract price and the resale price.

The court found that the seller's reply to the buyer's offer was a counter-offer and not an acceptance and that the buyer's reply to the counter-offer should be considered an acceptance.⁴⁰⁹ The contract thus called for unwrapped bacon, as the seller had delivered. The court further decided that the seller was entitled to declare the contract avoided because the buyer's failure to take delivery of more than half of the goods constituted a fundamental breach of contract.⁴¹⁰

This decision appears to be inconsistent with a previous court's decision differentiating a partial breach from a fundamental breach and suggesting that a partial breach did not give the buyer the right to avoid the contract.⁴¹¹ In this case, the court takes a different approach, suggesting that a partial breach, amounting to a failure to perform more than a half of the contractual obligations, amounts to a fundamental breach. This decision implies a more flexible approach to the fundamental breach requirement, as it holds that even a partial

⁴⁰⁷ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴⁰⁸ *Id.* ¶ 1.

⁴⁰⁹ *Id.* ¶ 2.

⁴¹⁰ *Id.*

⁴¹¹ *Supra* note 407.

breach becomes fundamental when the partial failure to perform deprives the aggrieved party to what he is entitled to expect under the contract.

The third and last case was decided by the French Appellate Court of Grenoble, on February 22, 1995.⁴¹² In this case, an American buyer (plaintiff) concluded a contract with a French seller (defendant) for the sale of jeans. The parties agreed that that the jeans were to be sent to South America and Africa. The seller notified the buyer that the destination of the goods was of the essence of the contract.

The seller repeatedly and insistently demanded from the buyer proof of the destination of the goods.⁴¹³ At the time of the second delivery of the goods, the seller learned that they had been shipped to Spain. As a consequence, the seller refused to maintain the trade relationship and to proceed with further deliveries which led the buyer to bring an action against the seller.⁴¹⁴

The court found that the buyer had not respected the contract terms, specifically the term restricting the destination of the goods. The court determined that the buyer's action constituted a fundamental breach of contract, and thus the seller could declare the contract avoided.⁴¹⁵

The decision of this case is consistent with a previous court decision which granted the aggrieved party the right to avoid the contract based on a breach of a duty of exclusivity.⁴¹⁶ In this case the court decided that, by breaching a contract term which restricted the destination of the goods, the buyer fundamentally breached the contract.

In the previous section on avoidance by the buyer, most of the decisions discussed involved denials of the avoidance remedy. In contrast, this section summarizes decisions granting the seller the right to avoid the contract. Nevertheless, the standards invoked in all of the decisions are generally very

⁴¹² CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴¹³ *Id.* ¶ 2.

⁴¹⁴ *Id.* ¶ 3..

⁴¹⁵ *Id.* ¶¶ 5, 6.

⁴¹⁶ *Supra* note 412.

similar. Tribunals have strictly applied the requirements of a fundamental breach and notice of avoidance. This is an important difference in application between the CISG remedy of avoidance and the Mexican law remedy of *rescisión*.

IV.I.II.2 Avoidance of the Contract Based on Anticipatory Breach

The cases included in this section are intended to illustrate the court's criteria for permitting the suspension of the contractual obligations of the parties under the CISG, and to exemplify the formalities that the parties must observe when suspending performance.

The following four cases in this study include interpretations of articles 71 and 72 of the CISG, which govern avoidance of a contract based on the anticipatory breach of contractual obligations. The first two cases deal with article 71. In the first case the tribunal denied the right to suspend contractual obligations based on a failure to give notice of suspension. The second case is a tribunal decision sustaining the suspension of contractual obligations based on a due notice. In both cases the tribunals elaborate the requirements for suspending performance. The last two cases are interpretations of article 72 of the CISG. In the first case the tribunal confirmed an avoidance of the sale contract based on an obvious future fundamental breach of contract. The second case also confirmed an avoidance of a sales contract based on an anticipatory fundamental breach.

The first case was decided by the German District Court of Stendal on October 12, 2000.⁴¹⁷ In this case, a German buyer (defendant) contracted with an Italian seller (plaintiff) for the sale of granite rock.

The parties agreed in the contract that seller would deliver the granite rock in installments. The seller made his first delivery, and after receiving and examining the goods, the buyer notified him that the goods were faulty.

⁴¹⁷ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001012g1.html> (last visited May 21, 2007).

According to the buyer's submission, roughly 40% of the delivered stones were defective, because the type "*verde maritaca*" did not conform to the contract. The buyer offered proof through expert testimony, that the stone could not be processed due to its many cracks. The seller offered to deliver substitute goods to the buyer.⁴¹⁸

After the second delivery, and based on the continued non-conformity of the goods delivered by the seller, the buyer did not pay the full contract price. The seller then started an action against the buyer for the price of the goods. The buyer alleged that, like the first, the second delivery was faulty and that, after he had made a complaint in this respect, the seller had agreed upon a reduction of the price. Thereafter, the buyer declared the avoidance of the contract or, alternatively, the reduction of the contract price, based on the non conformity of the goods.⁴¹⁹ The seller argued that the buyer never complained about the substitute goods delivered for the first installment and denied any agreement for the reduction of the purchase price.

The court decided this case in favor of the seller, finding that the buyer was unable to prove an agreement by the seller to a reduction of the purchase price. Moreover, the court concluded that avoidance of the contract based on the suspension of performance was not possible.⁴²⁰ The buyer was required to give a timely notice of suspension to the seller; and the court concluded that mere non performance by the buyer did not fulfill the requirement of notice of suspension. By simply failing to pay the price, the buyer did not give the equivalent of a notice of suspension. In conclusion, the court found that the buyer was not entitled to suspend performance.

The second case was decided by the German Appellate Court of Hamm, on June 23, 1998.⁴²¹ In this case, a German buyer (defendant) entered into a

⁴¹⁸ *Id.* ¶ 2.

⁴¹⁹ *Id.*

⁴²⁰ *Id.* ¶ 3.

⁴²¹ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980623g1.html> (last visited May 21, 2007).

contract with a seller from Austria for the sale and storage of furniture with a provision that gave the buyer the option to order partial deliveries of the goods.

By agreement of the parties, the seller manufactured the furniture, stored it in a warehouse in Hungary and issued storage invoices which were sent to the buyer. After issuing and delivering to the buyer several storage invoices, the seller assigned the right to payment to a third party, with the buyer's express consent. Thereafter, the buyer did not receive the furniture listed in the storage invoices, and on that ground, did not pay the purchase price.⁴²² The third party declared bankruptcy and the furniture disappeared from the warehouse. Subsequently, the plaintiff sued the buyer for the outstanding purchase price of the furniture reflected in the storage invoices.

The court decided that the plaintiff was not entitled to claim the purchase price of the contract, since it had become apparent that the seller would not be able to deliver the furniture.⁴²³ Therefore, the buyer was allowed to suspend the performance of its obligations. Moreover, the court interpreted the refusal of the buyer to pay the storage invoices as the required notice of suspension of performance. The appellate court upheld the decision of the lower court, which had dismissed the claim.⁴²⁴

The decision of this case is clearly inconsistent with the previous decision discussed in this section. In the case just mentioned, the court concluded that, by refusing to pay the price, the buyer gave notice of the suspension of its performance as required by article 71(3) CISG; in the previous case, however, the court found that, by simply failing to pay the price, the buyer did not give the equivalent of a notice of suspension.

The apparent conflict of authority by the courts can be resolved by answering the question: How much does a court value the formalities as opposed to the behavior of the parties in a contract? In the last case, the tribunal considered the behavior of the parties in suspending performance more important than the formality of issuing a notice of suspension. It seems

⁴²² *Id.* ¶ 1.

⁴²³ *Id.* ¶ 5.

⁴²⁴ *Id.*

that the decision of the last case, finding the mere suspension of performance to be an implicit notice of suspension, is a judicial effort to “liberate” international contracts of sale from strict application of the formalities.

The third case was decided by the German District Court of Berlin, on September 30, 1992. In this case, a German buyer (defendant) contracted with an Italian seller (plaintiff) for the sale of shoes.⁴²⁵

The buyer ordered two hundred and twelve pair of shoes from the seller at a price of *DM*11,206.20. The parties agreed on free and uninsured delivery. The parties also agreed that if payment was made within ten days from date of invoice, a discount of three per cent of the purchase price would be given. Payment in full was due sixty days after date of invoice.⁴²⁶ The seller manufactured the goods and prepared to perform. However, he became concerned about the buyer’s ability to pay. The cause of the seller’s concern was that two checks issued by the buyer to the seller were not honored because payment had been stopped by the buyer. For that reason, the seller wrote to the buyer asking him to provide security for payment. The seller stated that if security was not provided, he would exercise his right to avoid the contract under article 72 of the CISG.⁴²⁷ The buyer refused to secure payment, and the seller resold the pairs of shoes at a price of *LIT*4,240,000. Soon after, the seller sued the buyer for the difference between the purchase price fixed by the parties and the price of the substitute transaction (*DM*5,736.60).

The court found that the seller had fulfilled the requirement of avoidance of the contract necessary to sustain his damage claim. Moreover, the court found that the seller was entitled to declare the contract avoided before the agreed delivery date because it was clear that the buyer would commit a fundamental breach of contract by not paying the purchase price.⁴²⁸

⁴²⁵ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920930g1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴²⁶ *Id.* ¶ 1.

⁴²⁷ *Id.* ¶ 2.

⁴²⁸ *Id.* ¶ 9.

The fourth and last case of this section was decided by an Arbitral Tribunal of the International Chamber of Commerce, on January 1997 and involved a buyer (respondent) who contracted with a seller (claimant) for the sale of clothing.⁴²⁹

The buyer placed a number of orders with the seller. A month prior to the delivery date the seller sent several samples to the buyer, and the buyer rejected almost all the samples twelve days later. The seller then delivered new samples to the buyer, and the buyer indicated that the latter samples were acceptable.⁴³⁰ Upon being advised by the seller that it could not deliver on time, the buyer requested a reduction of the price and security from the seller that it would deliver on time. When neither was forthcoming, the buyer advised the seller that he would be canceling the order due to the seller's fundamental breach. Ten days prior to delivery, the order was cancelled by the buyer. In response, the seller initiated an action for damages. The buyer answered by saying that the goods were seasonal and, therefore, timely provision of both acceptable samples and finished product were required.

The court found that it was the seller and not the buyer who committed the fundamental breach. The court decided that, since the buyer had terminated the agreement within hours of learning that the seller would be unable to deliver the goods within the time limit specified in the agreement, the termination was valid.⁴³¹

In the last two cases, where there are fairly obvious fundamental breaches, the court decisions are consistent with previously discussed court resolutions strictly applying the requirements of fundamental breach.

⁴²⁹ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴³⁰ *Id.* ¶ 1.

⁴³¹ *Id.* ¶ 10.

IV.I.II.3 Avoidance of an installment contract

The cases selected for this section are intended to exemplify how courts initially classify a sales agreement as an installment contract under the CISG. The cases also illustrate the criteria courts use to determine that a fundamental breach would occur with respect to future installments. Three cases were selected to illustrate the remedy of avoidance of installment contracts. The first case is a decision setting standards for the application of the concept of an installment contract. In the second and third cases, the tribunals decided to confirm the remedy of avoidance based on article 73 (1) and (2). The research conducted in the present study showed that there are no reported cases in the CISG database (CLOUT) applying article 73 (3).

The first case was decided by the Swiss Commercial Court of Zürich, on November 30, 1998.⁴³² In this case, a Swiss seller (plaintiff) entered into a contract with a buyer (defendant) from Liechtenstein for the sale of 12,000 lambskin coats (8,000 for women (Article No. O-1500); and 4,000 for men (Article No. M-1600)). According to the contract, the goods were to be delivered by the seller to Belarus in installments between the end of 1992 and the beginning of 1993. In November 1992 and December 1992 the seller delivered and the buyer received and paid for two installments of 1,800 lambskin coats each.⁴³³ A third installment of 1,530 coats and a fourth installment of 1,498 coats were delivered to the buyer, who paid a total amount of US \$150,000.00. This left US \$298,200.00 of the regular purchase price yet to be paid.

The buyer notified the seller that the quality of the coats already delivered did not conform to the contract. The parties tried to resolve their differences amicably, but eventually, the buyer (in a fax dated 30 June 1993) asked the seller for restitution of all its payments. Those payments amounted to US \$150,000.00 in total. In exchange for restitution of its payments, the buyer

⁴³² CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130s1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴³³ *Id.* ¶ 1.

proposed sending back the 5,460 coats that had been delivered.⁴³⁴ In response, on November 02, 1993, the seller brought an action against the buyer for the payment of the remainder of the price (US \$298,200.00) of the coats already delivered. The buyer counterclaimed seeking reimbursement of payments made in the total amount of US \$150,000.00 in exchange for sending the coats back to the seller.⁴³⁵

The court classified the sales agreement as a contract for the supply of goods by installments and held that, even though the installment deliveries were not of the same kind of goods (8,000 coats for women and 4,000 for men), article 73 of the CISG, was applicable.⁴³⁶ Therefore, the court held, under article 73 of the CISG, the obligations to perform arising from the contract are to be analyzed separately with respect to each installment. The court found that the buyer had lost its right to rely on a lack of conformity for the second installment, because its examination –and notification– had not been made in time. For that reason, the court ordered the buyer to pay the purchase price of the goods included in that installment, but granted the buyer the right to avoid the contract for the rest of the installments.

This decision is relevant to this comparative study, not only because it describes how a court defines a contract of sale by installments, but also because the court illustrates the consequences of a breach of contract in this type of sale. The court clearly established that the obligations to perform arising from an installment contract are to be analyzed separately with respect to each installment. This decision is foreign to Mexican law because Mexican law does not have an express provision on installment contracts.⁴³⁷

The second case was decided by the Swiss commercial court of Zürich, on February 05, 1997.⁴³⁸ In this case, a German buyer (plaintiff) contracted with a French seller (defendant) for the sale of sunflower oil.

⁴³⁴ *Id.* ¶ 4.

⁴³⁵ *Id.* ¶ 7.

⁴³⁶ *Id.* ¶ 16.

⁴³⁷ TREVIÑO GARCÍA, *supra* note 97.

⁴³⁸ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970205s1.html> (last visited May 21, 2007).

The parties agreed that the seller would deliver to Romania from two to four million liters of sunflower oil per month –for one year– at a price of United States dollars 0.94 per liter. As a test of the ability of the seller to deliver the agreed amount of sunflower oil, the parties agreed that for the first month, the weekly quantity to be delivered would be worth US \$300,800. This amounted to a weekly delivery total of 320,000 liters of sunflower oil.⁴³⁹ The seller delivered the first installment but failed to deliver the full 320,000 liters within the period specified (i.e., the seller delivered part of the sunflower oil late). The buyer called on the seller to perform within three business days, and threatened to withdraw from the contract if he did not. The seller answered the buyer's threat by declaring the avoidance of the contract for all installments.

The court found that the seller's failure to perform in respect to the first installment delivery gave the buyer grounds to conclude that a fundamental breach would occur with respect to future installments. Therefore, the buyer had the right to declare the contract avoided. The seller was ordered to refund the price of the first installment and to pay interest on it.⁴⁴⁰

The third and last case of this section was decided by an Arbitral tribunal in Hamburg, Germany, on December 29, 1998.⁴⁴¹ In this case, a German buyer (claimant) contracted with a seller from the Czech Republic for the sale of three hundred tons of cheese.

The parties agreed in the contract that the seller would deliver fifteen installments; each installment would contain twenty tons of cheese. The agreed price was \$2,520 U.S. per ton, payable by telegraphic transfer, within five days after delivery.⁴⁴² As the parties had agreed, the buyer prepaid for the first installment of 20 tons (totaling \$50,400 U.S.). That installment was delivered on 13 February, 1998. After a second prepayment of \$50,400 U.S. on 16 February, 1998, the second installment was not delivered. No more deliveries were made.

⁴³⁹ *Id.* ¶ 2.

⁴⁴⁰ *Id.* ¶ 14.

⁴⁴¹ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981229g1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴⁴² *Id.* ¶ 1.

The buyer demanded from the seller the return of the prepayment of \$50,400 U.S. The buyer initiated arbitration proceedings claiming the return of the prepayment with interest at 9.5%. The buyer also declared the contract avoided due to non-performance and refusal to perform by the seller.⁴⁴³

The Arbitral tribunal held that a fundamental breach of obligations concerning a partial delivery gave the aggrieved party grounds to expect a breach of contract for future deliveries, allowing, in consequence, the avoidance of the contract for future installments. A seller's refusal to deliver constitutes a fundamental breach of contract. Although a fundamental breach of contract by one party with respect to an installment normally gives the other party the right to declare the contract avoided with respect to that installment only, the tribunal found that the buyer was entitled to declare the entire contract avoided, since the seller had refused to deliver further installments.⁴⁴⁴

In the last two cases, tribunals granted the aggrieved parties the right to avoid the contract based on a future fundamental breach. These decisions are consistent with the rigid enforcement of the requirements of a fundamental breach and notice of avoidance demonstrated in decisions previously discussed.

IV.I.II.4 Effects of Avoidance

The cases included in this section are intended to illustrate the effects of the remedy of avoidance under the CISG. The decisions of the courts provide examples of the termination of the parties' obligations under the relevant contracts after avoidance, and the obligation of the parties to restore the goods or payment received after declaring avoidance.

The following two cases illustrate the courts' interpretations of the effects of avoidance of a contract of sale under articles 81, 82, and 84 of the CISG. The first case is a decision granting avoidance and specifying its effects, based on

⁴⁴³ *Id.* ¶ 3.

⁴⁴⁴ *Id.* ¶ 5.

articles 81 and 82. The second case ratifies a declared avoidance and its effects, applying articles 81 and 84 of the CISG.

The first case was decided by the Austrian Supreme Court, on June 29, 1999.⁴⁴⁵ In this case, an Austrian buyer (defendant) entered into a contract with a German seller (plaintiff) for the sale of dividing wall panels.

The parties agreed that the seller would first prepare the panels by drilling and shaping and then deliver them to a construction site for the buyer. In October 1992, non-formatted panels, manufactured for the seller, were delivered to the buyer instead of the cut and drilled panels ordered in the contract.⁴⁴⁶ In the same month, the parties agreed on the return of these panels by the buyer in “Ex Factory” condition. The goods arrived at the end of October, and while unloading the panels, the manufacturer discovered that they were damaged. The seller argued that the panels had shown evidence of transport damage upon their return. The seller further argued that the panels were not correctly shipped, that the buyer had assumed the transport risk, and that the buyer should therefore bear the loss. The buyer contended that the panels returned had been accepted by the manufacturer without any reservation. The buyer also argued that, by delivering non conforming goods, the seller had assumed the risk of the return transportation of the goods.

The court found that there is no provision in the CISG specifying the place where goods must be returned, and the provision in the contract regarding the place of delivery must therefore apply to return as well. The buyer’s obligation was only to assume the risk of the returned goods.⁴⁴⁷ However, the court determined that, under article 82 CISG, the risk of deterioration of the goods also lies with the seller unless it is caused by an act or omission of the buyer. The court stated that allocating the risk of loss to the seller arising from the return of defective goods is justified because the risk of such loss arose due to the asserted failure of the seller to deliver conforming goods. Therefore, it

⁴⁴⁵ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990629a3.html> (last visited May 21, 2007).

⁴⁴⁶ *Id.* ¶ 1.

⁴⁴⁷ *Id.* ¶ 3.

was concluded that parties were to be released from their primary contractual obligations due to the avoidance.

The case is relevant to this comparative study since it exemplifies how the court defines a major consequence of the remedy of avoidance. By deciding that no allocation of risk of loss to the aggrieved party is justifiable after he has effectively avoided the contract, the court clearly determined that the release of the parties from their contractual obligations is an immediate effect of avoidance.

Similarly, under Mexican law the immediate effect of *rescisión* of the contract is to release both parties from their contractual obligations.⁴⁴⁸ The two bodies of legislation thus coincide as to the fact and timing of the termination of the parties obligations after avoidance.

The second case was decided by the Swiss Appellate Court of Lugano, Cantone del Ticino, on January 15, 1998.⁴⁴⁹ In this case, an Italian buyer (plaintiff) contracted with a Swiss seller (defendant) for the sale of cocoa beans. The parties agreed that the beans were to contain fat of at least forty five percent and acidity of no more than seven percent. The parties also agreed that the seller would deliver the goods in two installments and that payment was to be made upon receipt of a certificate of conformity.⁴⁵⁰

Upon arrival of the first lot of cocoa beans, a preliminary analysis revealed a fat content of 43.5% and an acidity level of 35.5%. The buyer immediately communicated to the seller its rejection of the goods, and demanded reimbursement of the amount already paid. The seller denied the buyer's request, and blamed the inspection service for faulty testing. The buyer fixed a further period of time for the seller to deliver substitute goods. After the expiration of that period of time, the buyer declared the contract avoided and sought restitution of the price paid.⁴⁵¹ Because the seller refused to make

⁴⁴⁸ See page 48/1.

⁴⁴⁹ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980115s1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴⁵⁰ *Id.* ¶ 1.

⁴⁵¹ *Id.* ¶ 5.

restitution, a claim was brought against the seller for the purchase price plus interest.

The court decided that the buyer rightfully avoided the contract and thus had the right to restitution of the price already paid to the seller. Moreover, the court ruled that the seller was also liable for interest on the amounts paid from the date of payment.⁴⁵²

This case is an important decision in relation to the consequences of the remedy of avoidance. The court clearly established that, after a contract has been avoided, the breaching party has the obligation to restore the aggrieved party the amount already paid under the contract. Moreover, the court held that the aggrieved party also has the right to receive interest on the amount paid.

The same rule enunciated in this decision is found in Mexican law.⁴⁵³ Certainly, Mexican law obliges the breaching party, as an effect of *rescisión*, to restore the amount paid or the goods delivered, plus interest or fruits.

IV.I.III CISG cases on the remedy of damages

Cases interpreting and applying the CISG articles governing damages are the most numerous in the CISG databases (CLOUT). Indeed, the cases involving the remedy of damages outnumber the cases involving the remedies of specific performance and avoidance combined. Perhaps, the reason for this is that the remedy of damages is considered by plaintiffs to be a more efficient remedy.

IV.I.III.1 Damages, Mitigation of damages and interest on damages

The cases of this section are intended to illustrate the principle of full compensation underlying the CISG, as well as the obligation to mitigate damages imposed by the CISG. The cases discussed were decided under articles 74, 77 and 78 of the CISG.

⁴⁵² *Id.* ¶ 30.

⁴⁵³ See page 48/2.

The first case was decided by an Arbitration Tribunal in the City of Vienna, Austria, on June 15, 1994.⁴⁵⁴ In this case, a German buyer (respondent) concluded a contract with an Austrian seller (claimant) for the sale of rolled metal sheets.

The parties agreed that the seller would deliver the goods “Free on Board” Hamburg to the seller, by March 1991. The parties also agreed that the buyer could take delivery of the rolled metal sheets in installments.⁴⁵⁵ After the seller delivered the goods, the buyer took delivery of some of the goods without paying for them, and refused to accept the delivery of the rest of the goods. In response, the seller resold the goods that the buyer refused to accept. The seller filed a claim against the buyer for payment of the purchase price and demanded damages arising from the resale of the goods that the buyer did not accept.

The arbitrator found that the seller was entitled to the payment of the purchase price for the goods accepted and awarded damages, consisting of the difference between the original contract price and the substitute sale price. The arbitrator also found that the seller had properly mitigated damages, by reselling the goods rejected by the first buyer.⁴⁵⁶ Moreover, because full compensation is one of the general principles underlying the CISG, the arbitrator held the buyer liable for interest on the price of the goods accepted accrued from the date that payment was due.⁴⁵⁷

This decision is relevant to this comparative study for the reason that it involves both the application of the remedy of damages and the aggrieved party’s obligation to mitigate. The tribunal properly set the amount of damages, including interest and applied the principal of full compensation for the aggrieved party. The tribunal also determined that the resale of the goods by the aggrieved party amounted to mitigation of damages.

⁴⁵⁴ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html> (last visited May 21, 2007).

⁴⁵⁵ *Id.* ¶ 1.

⁴⁵⁶ *Id.* ¶ 2.

⁴⁵⁷ *Id.* ¶ 4.

The second case was decided by the Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, on July 27, 1999.⁴⁵⁸ In this case, a Russian buyer (claimant) entered into a contract of sales with a Swiss seller (respondent).

In the contract, the parties agreed that the delivery of the goods by the seller would have to be completed no later than the month of October. The parties also stipulated that the delivery would be made in few installments and under the delivery term of “Free on Board – particular Ukrainian port”.⁴⁵⁹ The seller delivered the first installment and received payment for it. By October the seller had only delivered the first installment, which represented only twenty percent of the total quantity of the goods required by contract. Therefore, the buyer filed a claim for specific performance of the contract or, alternatively, for damages. The seller argued that, after delivery of the first installment, he suspended the performance of the contract because the buyer did not issue a letter of credit, and based on article 71(3) CISG, he had no assurance of the buyer’s performance of the contract.⁴⁶⁰

The Arbitral Tribunal found that the seller’s contentions were without merit because the seller had failed to notify the buyer of the fact of suspension of performance or demand assurance of buyer’s performance of the contract.⁴⁶¹ The Tribunal denied the claim for specific performance at the contract price, relying on a contractual provision that, in the event of noncompliance with a demand for delivery within a year from the day of rendering the ruling by the Tribunal, the buyer would be entitled to purchase the contract quantity of goods on the international market (cover), and the seller would be liable to compensate the buyer with the difference between expenses actually incurred by buyer and the price in the contract. This circumstance by itself was an

⁴⁵⁸ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990727r1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴⁵⁹ *Id.* ¶ 10.

⁴⁶⁰ *Id.* ¶ 11.

⁴⁶¹ *Id.* ¶ 6.

impediment to granting the claim of the buyer because the Tribunal does not have authority to render a ruling changing the agreement of the parties.⁴⁶²

As for the alternative claim of damages, the Tribunal denied the buyer's claim for consequential damages, based on a lack of proof, and on the fact that the seller did not foresee and could not have foreseen that the breach of his contractual obligations would result in such damages. However, the Tribunal found that the buyer was entitled to recover lost profits from the seller due to the seller's unfounded suspension of performance of the contract.⁴⁶³ Finally, the Tribunal decided that the buyer was entitled to recover annual interest on the award of lost profits.

This case illustrates the tribunal's interpretation of the general aspects of the remedy of damages. The decision is consistent with the previous case, with respect to the magnitude of damages and its determination that a substitute purchase is proper mitigation. Nonetheless, this decision adds an important element to the remedy of damages, in that it limits the remedy of damages to the amount that the seller foresaw or could have foreseen at the time of the conclusion of the contract.

IV.I.III.2 Damages in substitute transactions

The cases of this section exemplify judicial applications of the CISG in the form of awards of the difference between the original price of the contract and the price of the aggrieved party's replacement transaction. The next three cases are decisions in which the tribunals were required to compute the amount of damages resulting from a substitute transaction, either under article 75 of the CISG or based on current market price under article 76 of the CISG.

The first case was decided by the Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry,

⁴⁶² *Id.* ¶ 24.

⁴⁶³ *Id.* ¶ 26.

on March 16, 1995.⁴⁶⁴ In this case, a German buyer (claimant) contracted with a Russian seller (respondent) for the sale of metallic sodium.

On 28 April 1992 the parties agreed that the seller was to supply the metallic sodium in the fourth quarter of 1992. The seller was to make delivery in two installments of five hundred tons each.⁴⁶⁵ The seller delivered the first installment but failed to make the second delivery. The buyer gave the seller an additional period of time –until April 1993– to make such delivery. Nonetheless, the seller did not perform his obligations under the contract. In May 2003 the buyer gave the seller a notice informing him that, because of his breach of contract, the buyer had to make a replacement purchase of goods from a third party at a significantly higher price. A year after the replacement purchase, the buyer presented a claim against the seller to the Arbitral Tribunal for damages, consisting of the difference between the price of the goods in the original contract and the price of the goods in the replacement transaction.⁴⁶⁶ The seller argued that he should be discharged from liability on the grounds that he was unable to deliver the goods for reasons beyond his control, specifically because of a production stoppage at the plant manufacturing the goods covered by the contract.

The Arbitral Tribunal found that the seller had no excuse for non performance. In addition, the Tribunal awarded the buyer the difference between the price of the goods in the original contract and the price of the goods in the replacement transaction.⁴⁶⁷

The second case was decided by the German Appellate Court of Düsseldorf, on January 14, 1994. A German buyer (defendant) entered into a contract with an Italian seller (plaintiff) for the sale of shoes.⁴⁶⁸ The parties

⁴⁶⁴ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴⁶⁵ *Id.* ¶ 3.

⁴⁶⁶ *Id.* ¶ 6.

⁴⁶⁷ *Id.* ¶ 19.

⁴⁶⁸ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html> (last visited May 21, 2007).

agreed that the seller would deliver one hundred pairs of winter shoes to the buyer. However, the seller was unwilling to deliver the goods without security for payment of the purchase price by the buyer. The reason the seller insisted on security was that the buyer was in default with respect to an earlier invoice.⁴⁶⁹ The seller informed the buyer that he would avoid the contract if the buyer failed to provide an adequate assurance of payment. As the seller did not receive such an assurance, he declared the contract avoided through proper notice. The buyer resold some pairs of shoes at the price that the seller and the buyer had originally agreed upon. However, the seller resold other pairs at a price lower than that agreed in the contract with the buyer, and a few pairs remained unsold. The seller brought a claim against the buyer to recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction and the difference between the contract price and the value of the unsold pairs. In addition, the seller claimed further damages for lost interest at a rate of sixteen and a half percent.⁴⁷⁰

The Appellate Court determined that the seller had avoided the contract properly and performed the resale of the goods in a reasonable manner. Further, the court decided that the seller had fulfilled his obligation to mitigate the loss. The court permitted the seller to recover damages according to his claim.⁴⁷¹ Moreover, the court granted the seller an interest rate of sixteen and a half percent.

The third case was decided by the Supreme Court of Austria on April 28, 2000.⁴⁷² In this case, an Austrian buyer (defendant) entered into a contract with a German seller (plaintiff) for the sale of jewelry.

The parties concluded an installment contract that provided for several orders and explicitly contained a clause requiring the purchase price to be paid in advance. When the buyer failed to make the advance payment required,

⁴⁶⁹ *Id.* ¶ 1.

⁴⁷⁰ *Id.* ¶ 2.

⁴⁷¹ *Id.* ¶ 3.

⁴⁷² CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428a3.html> (last visited May 21, 2007).

the seller issued three reminders.⁴⁷³ After the three unsuccessful reminders, the seller fixed an additional period of time for payment, with the understanding that, after the expiration of that period of time, the seller would declare the contract avoided. The buyer refused to pay the price, arguing that the parties had not agreed on payment in advance but rather on payment after delivery and examination of the goods. The buyer contended that the written order did not accurately reflect the parties' verbal agreement concerning the time of payment.⁴⁷⁴ The seller argued that lost profits were an appropriate measure of recovery, given the low probability of resale of the goods to another party because most of the jewelry had been manufactured specifically for the buyer.

The Supreme Court found that the seller had effectively avoided the contract and therefore, he was entitled to recover damages in the form of lost profits from the buyer.⁴⁷⁵

The three cases of this section illustrate the application of the CISG remedy of damages when the aggrieved party has entered into a replacement transaction. The courts require that replacement transactions be made in a reasonable manner, and, when no resale is possible (i.e., when the goods are specially made for the buyer), the courts permit recovery of damages by the aggrieved party in the form of lost profits.

Mexican law does not expressly include a reference to a replacement transaction as means to accomplish the remedy of *daños y perjuicios*. This fact presumably derives from the accessory character of the damage remedy under Mexican law.⁴⁷⁶ Certainly, by not expressly addressing the propriety of an aggrieved party's replacement transaction, Mexican law limits the opportunities for parties suffering from a breach of contract to claim the remedy of *daños y perjuicios*.

⁴⁷³ *Id.* ¶ 1.

⁴⁷⁴ *Id.* ¶ 14.

⁴⁷⁵ *Id.* ¶¶ 3, 4.

⁴⁷⁶ See page 82/1.

IV.I.III.3 Exemption to damages

The case discussed in this section is intended to illustrate the standard applied in *force majeure* cases under the CISG. The case was decided based on article 79 of the CISG, which contains an exemption from damage liability. In this case the tribunal defined the content of article 79 of the CISG as a *force majeure* exemption and set the standard of interpretation for this article.

The case was decided by the Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, on October 17, 1995.⁴⁷⁷ A Russian buyer (respondent) contracted with a German seller (claimant) for the sale of an automatic diffractameter.

The parties agreed that the payment was to be made in Deutsch Marks after delivery of the goods by the seller. The parties also included a clause in the contract specifying an exhaustive list of grounds on which the fulfillment of the obligations under the contract might be postponed.⁴⁷⁸ Thereafter, the seller delivered the automatic diffractameter to the buyer, a middleman who had immediately resold the goods. Nevertheless, the initial buyer did not make the agreed payment, despite the seller's repeated (unsuccessful) requests for payment. The buyer eventually informed the seller that he had requested the ultimate buyer of the goods to return the goods to the seller. In two communications the buyer informed the seller that, due to the difficult situation in the USSR, he did not have the funds in foreign currency necessary to pay the purchase price. Almost a year later, the seller brought an action before the Tribunal against the buyer for the recovery of the purchase price in Deutsch Marks.⁴⁷⁹ The buyer acknowledged that the goods had indeed been delivered, but argued that his non payment was due to the failure on the part of the bank responsible for the buyer's foreign currency transactions to give instructions for payment to be transferred to the seller. The bank, in turn, failed to transfer

⁴⁷⁷ CISG Case Presentation, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951017r1.html> (last visited May 21, 2007).

⁴⁷⁸ *Id.* ¶ 1.

⁴⁷⁹ *Id.* ¶ 4.

the foreign currency amounts to the seller on the grounds that there were no funds available in the buyer's account in freely convertible currency.

The buyer requested that the Tribunal discharge him from liability because the fact that he did not have available foreign currency resources should be regarded as *force majeure*. The Tribunal did not agree with the buyer's view that his lack of foreign currency should be regarded as *force majeure*. The fact that the buyer's lack of foreign currency was not listed in the contract as a *force majeure* circumstance indicated the parties' intention to exclude it as a form of *force majeure* sufficient to postpone obligations under the contract.⁴⁸⁰ In addition, the Tribunal stated that the buyer's obligation to pay the price included taking such measures and complying with such formalities as might be required to enable payment to be made. On those grounds, the Tribunal decided that the seller was entitled to recover the purchase price of the goods.⁴⁸¹

This case is relevant to this comparative study since it illustrates how tribunals define the exemption of *force majeure* under the CISG. Contrary to Mexican law, the CISG does not distinguish between exemptions resulting from acts originated by nature or man. In this case, *force majeure* exemption was decreed by a tribunal when a party to a contract failed to produce payment due to lack of the agreed foreign currency, that is, the CISG's exemption was triggered by an act of man. Even though no *force majeure* cases caused by an act of nature were found in the CISG databases (CLOUT), the effect would likely have been the same in any case in which the contract gave an exhaustive list of excuses for non-performance.

⁴⁸⁰ *Id.* ¶ 2.

⁴⁸¹ *Id.* ¶ 3.

IV.II Cases of Mexican Courts.

IV.II.I Mexican cases of *cumplimiento forzoso* remedy.

There are numerous Mexican court decisions regarding the *cumplimiento forzoso* remedy of contract obligations. Nevertheless, due to the fact that the Mexican Law on contracts is quite broad many of the cases do not translate readily to the sales context.

The decisions of the courts, that represent the interpretation of the *cumplimiento forzoso* remedy in this section, show the consistency of the principle of *Pacta Sunt Servanda* in Mexican contract law as well as the consistency of the requirements set by Mexican law for application of the *cumplimiento forzoso* remedy.

The first case is an example of the application of the *Pacta Sunt Servanda* principle in Mexican contract law. The second case explains the requirements for commencement of a lawsuit seeking *cumplimiento forzoso*. The third case, which involved claims for both *cumplimiento forzoso* and *daños y perjuicios*, illustrates how these two remedies may be awarded in the same suit. Finally, the last case establishes that it is necessary for the aggrieved party to fulfill his own contractual responsibilities in order to demand the remedy of *cumplimiento forzoso*.

The first case is summarized as “Legally concluded contracts ought to be fully complied with, despite future unpredictable situations that could alter their obligations”.⁴⁸²

According to the Mexican system of the efficacy of contracts, once contracts are concluded, they are not subject to the principle *Rebus Sic Stantibus*, which permits unforeseeable events to alter the original terms of the contract. The principle adopted by the Mexican system of efficacy is *Pacta Sunt Servanda* contained in the federal civil code, which is based on

⁴⁸² REGISTRO NO. 186972, Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta [S.J.F.G.], Novena Época, tomo XV, Mayo de 2002, Tesis I.8o.C. J/14, Página 951 (Mex.).

the thesis that the parties must perform a contract on the originally agreed terms.

This case is relevant to this comparative study since it clearly illustrates the Mexican system's approach to the efficacy of the contracts. Certainly, under the principle of *pacta sunt servanda*, not even unforeseeable events permit alterations of the original contractual terms.

The second case is captioned: "Lack of payment does not necessarily permit the action of *cumplimiento forzoso* of the contract".⁴⁸³ This case establishes that the action of *cumplimiento forzoso* of the contract requires the following elements: a) the existence of an obligation; b) the demand for performance of the obligation; and c) non-performance of the debtor.

The third case has as its title "Performance of the contract and payment under the penalty clause." It establishes that the action of *cumplimiento forzoso* of the contract and payment under of a penalty clause stipulated in a mercantile contract can be claimed simultaneously.⁴⁸⁴ This option to claim simultaneously is possible because article 88 of the commerce code is incomplete. Because there is a legal gap in the commerce code in this regard, the application of civil code provisions becomes mandatory. Article 1846 of the federal civil code permits a lawsuit in which the plaintiff can claim the *cumplimiento forzoso* of the contract and recovery under a penalty clause at the same time.

The fourth case regarding the *cumplimiento forzoso* of contractual obligations is named "Action of *cumplimiento forzoso* of the contract".⁴⁸⁵ This decision states that claimant must have fulfilled his own obligations under

⁴⁸³ REGISTRO NO. 213648, Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta [S.J.F.G.], 73, Enero de 1994, Tesis I.4o.C. J/57, Página 62 (Mex.).

⁴⁸⁴ Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta [S.J.F.G.], Novena Época, tomo III, Junio de 1996, Tesis: XXII.22 C, Tesis Aislada, Página 811 (Mex.).

⁴⁸⁵ REGISTRO NO. 240893, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación 121-126 Cuarta Parte, Séptima Época, Tesis Aislada, Página 13 (Mex.).

the contract in order to claim performance by the other party. This principle is true even if the relevant contract is executory on both sides. The action of *cumplimiento forzoso* is granted to the performing party by article 1949 of the federal civil code. However, if the plaintiff admits not making full payment of all installments, and if during the course of the lawsuit other installments became due and remained unpaid, it is obvious that there is no intention on the part of the plaintiff to perform. Therefore, it follows that the plaintiff may not resort to *cumplimiento forzoso*.

The court decisions of this section illustrate important features of the Mexican law remedy of *cumplimiento forzoso*: the recognition of the principle of *pacta sunt servanda*; the necessity for existence of an obligation; the requirement of a demand for performance of the obligation; non-performance of the debtor; and the simultaneous availability of the remedies of *cumplimiento forzoso* and *daños y perjuicios*.

IV.II.II Mexican Cases on the remedy of *rescisión*

The remedy of *rescisión* of contract due to non performance by one of the parties is also frequently sought in Mexican contract law. However, contract cases regarding this remedy are very scarce. The following three cases provide examples of the procedural requirements set by the Mexican courts for this remedy. They also illustrate the range of application of the remedy of *rescisión* and its consequences.

The first case sets forth the requirements for granting this remedy established by the Mexican courts. The second case widens the implementation of the remedy of *rescisión* to responsibilities not included in the contract. Finally, the third case specifies the effects of the remedy of *rescisión*, particularly regarding restitution.

The first case is named “Action for *rescisión* of the contract. The delay or non performance by the debtor is a requirement for its procedure. The existence

of the remedy of *rescisión* shall be determined by a judge”.⁴⁸⁶ This case establishes that, under article 376 of the commerce code’s provisions on sales contracts, in order for a creditor to file a claim before a legal tribunal, he must prove that, despite the fulfillment of his own obligations, the debtor has not performed his obligations or has delayed performance.

The second case has as its title “Feasibility of *rescisión* of the contracts when non-agreed obligations are performed by a party”.⁴⁸⁷ This decision makes it clear, from a legal interpretation of article 1949 of the federal civil code, that the non performance of a bilateral agreement may not only consist in the non performance of one or more contractual obligations by one of the parties, but also in one party’s performance of acts not expressed (written) in the contract.

This decision is relevant since it makes it possible to obtain the remedy or *rescisión* in two types of cases: the first occurs when the breach of contract is due to a defective performance or a failure to perform the contract, and the second occurs when the breach consists in performing acts not included (in writing) in the contract.

The third case is named “Sales. Article 2311 of the federal civil code establishes the parties’ obligation to restore whatever they have received under a contract”.⁴⁸⁸ According to this case, when a court rescinds a sales contract, both parties should restore what was received under the contract. The buyer will be obliged to return the product, and the seller will be obliged to credit the amount received. This requirement is based on criteria repeatedly sustained by the Mexican Supreme Court of Justice in regards to the guarantee of equality

⁴⁸⁶ REGISTRO IUS: 188453, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta [S.J.F.G.], Novena Época, tomo XIV, Noviembre de 2001, Tesis 1a./J. 46/2001, Página 6 (Mex.).

⁴⁸⁷ REGISTRO NO. 197152, Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta [S.J.F.G.], Novena Época, tomo VII, Enero de 1998, Tesis I.8o. C.154 C. Tesis Aislada, Página 1076 (Mex.).

⁴⁸⁸ REGISTRO NO. 189166, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta [S.J.F.G.], Novena Época, tomo XIV, Agosto de 2001, Tesis 1a. LXXXI/2001 Tesis Aislada, Página 170 (Mex.).

mentioned in article 13 of the Political Constitution of the United Mexican States. That article requires that the law be applied in a general and abstract manner. In other words, the law must be applied to all the cases within its scope without prejudice against any person. Moreover, as part of his restitution obligation, the buyer will have to pay rent as well as compensation for the deterioration that the product may have suffered during the buyer's possession. Both the rent required and the compensation necessary for deterioration are to be determined by experts. The fact that the seller is obliged to pay interest on the amount he has received is also consistent with the guarantee of equality.

The court decisions of this section illustrate that the remedy of *rescisión* under Mexican law is equivalent in some respects to the CISG's remedy of avoidance. Both have as consequences the obligation of the breaching party to pay damages or *daños y perjuicios* and to restore what both parties have received under the contract. However, the cases show that, in contrast to the CISG, Mexican law ignores categories of breach of contract in granting the remedy of *rescisión* and requires a judge to decree *rescisión*.

IV.II.III Mexican Cases of *daños y perjuicios* remedy

The remedy of *daños y perjuicios* is very frequently sought in Mexican contract law and is also frequently granted by the courts. This type of damage remedy is very common both as the main remedy and as an accessory to another remedy. In this section there are five cases that relate to the remedy of *daños y perjuicios* in Mexican contract law. These cases establish that *daños y perjuicios* must be an immediate and direct consequence of the non performance of the contract. Moreover, the cases also provide exemptions of responsibility when the *caso fortuito* or the *fuerza mayor* is established.

The first of these cases illustrates the requirement that damages be an immediate and direct consequence of the non performance of the contract. The second and third cases address the causation element of the remedy of *daños y perjuicios*. The fourth and fifth cases present the excuses of the *caso fortuito* and *fuerza mayor* and the differences between them.

The first case is named “For the feasibility of the action of *daños y perjuicios*, it is necessary to prove the existence of such damages”.⁴⁸⁹ This case establishes that, in order to recover in an action for damages, it is not sufficient to make a mere demand. It is also necessary that any loss be an immediate and direct consequence of non performance of an obligation, and the lack of performance must be demonstrated.

This decision is relevant to this study because it shows the court’s strict interpretation of the requirement that *daños y perjuicios* be an immediate and direct consequence of the breach. This interpretation clearly limits the possibilities to recover for some other types of loss, such as incidental or consequential damages, which are not an immediate or direct consequence of the breach.

The second case has as its title “The right to *daños y perjuicios* should be autonomous to the non performance of the obligation”.⁴⁹⁰ The case establishes that, in order to conform to article 2110 of the federal civil code, the *daños y perjuicios* must truly be the result of the non performance of an obligation. It cannot be assumed that the non performance of the party in breach necessarily causes damage or loss of profit to the affected party because Article 2108 and 2109 of the same ordinance state that there will be instances of non performance in which no damages or losses of profit are generated. Thus, it is necessary to prove the damage or loss of profit suffered by the affected party as an independent element.

The third case is entitled “*Daños y perjuicios* stemming from commercial acts. Non performance does not imply their automatic causation”.⁴⁹¹ This

⁴⁸⁹ Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* [S.J.F.G.], Novena Época, tomo XII, Octubre de 2000, Tesis III. 2o.C. J/9, Página 1156 (Mex.).

⁴⁹⁰ Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* [S.J.F.G.], Novena Época, tomo XVII, Junio de 2003, Tesis I.7o.C. J/9, Página 727 (Mex.).

⁴⁹¹ REGISTRO IUS 178481, Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* [S.J.F.G.], Novena Época, tomo XXI, Mayo de 2005, Tesis III.2o.C.94 C, Aislada, Página 1448 (Mex.).

case holds that, under article 376 of the commerce code, in mercantile sales, as soon as a contract has been concluded, the party who complies with it will have the right to demand the *rescisión* or the performance of the contract, as well as the settlement of any damages, from one who does not comply. Nonetheless, this does not mean that, once the non performance of one party is shown, damages are automatically established.

Due to the fact that commercial acts may or may not turn out to be lucrative, it is necessary to prove in court that one may have been able to earn an amount from the other party's performance, and that this amount would have been included in the company's capital as profit absent the breach. This proof is necessary so that compensation can be processed accurately. If it is not proven, it would follow that the *daños* and *perjuicios* are generated automatically, a consequence that is precluded by the law.

The fourth case is named "*Caso fortuito* and *fuerza mayor*. Mere technical difficulties in performance or a lack of profit on the contract do not constitute *caso fortuito* or *fuerza mayor*. As a general rule, the *caso fortuito* is accepted as an excuse, when an unavoidable natural situation that may or may not be predictable prevents the performance of a legally binding obligation. In Roman Law this concept was defined by Gayo as "the one contingency to which human nature cannot resist".⁴⁹² (*major casus est cui humana infirmitas resistere non potest*). Therefore, neither "technical difficulties" that may present themselves in an industry, nor the lack of profit of an operation can constitute a *caso fortuito*. The reason for this is that neither of them has the "natural disaster" component similar to floods or earthquakes, which are the paradigm cases of *caso fortuito*.

The *fuerza mayor*, in contrast to the *caso fortuito*, is directly related to the will of Man. It depends on a third party, not related to the contract, who prevents the performance of an obligation. Mere "technical difficulties" are clearly not considered *fuerza mayor*. If, e.g., the difficulties stem from geological conditions of the land existing prior to the signing of the contract,

⁴⁹² REGISTRO NO. 246205, Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta [S.J.F.G.], Séptima Época, 28 Séptima Parte, Tesis Aislada, Página 17 (Mex.).

they would not be considered *fuera mayor* because they go beyond the control of both the parties involved in the contract and third parties.

Lack of profit of an operation should not be considered *fuera mayor* either. One of the main reasons it cannot be considered *fuera mayor* is that a lack of profit does not depend on the will of a third party unrelated to the contract. In fact, lack of profit depends on a combination of various causes of different kinds in the relevant industry. Another reason is that lack of profit, despite being costly, does not fully prevent the performance of an obligation. The latter is a characteristic of the *fuera mayor*.

This decision illustrates how the court interprets the exemptions of *caso fortuito* and *fuera mayor*. Even though both exemptions may be distinguished by their origin, the effects that they produce are the same. The CISG, on the other hand, does not distinguish types of exemptions, it only considers *force majeure*.

The fifth and last case of this section is entitled “Extraordinary *casos fortuitos*: circumstances that cause such cases”.⁴⁹³ This case holds that no one is responsible for the consequences of non performance when it is a result of *casos fortuitos*. The following *casos fortuitos* are mentioned in article 2455 of the federal civil code: fire, war, plague, flood, earthquake, and other unusual situations unpreventable by the parties involved in the contract. An exception is provided for by article 2111 of the same ordinance, which states that a party becomes responsible for non performance when he has provoked such *casos fortuitos*, or has assumed the risk of them expressly in the contract.

These court decisions initially show the restricted scope of application of the *daños y perjuicios* remedy under Mexican law. That is, the courts enforce a strict interpretation of the origin of *daños y perjuicios*, limiting them to immediate and direct consequences of the breach. In addition, contrary to the CISG, which only recognizes the exemption of *force majeure*, Mexican courts distinguish between exemptions originated by nature from those caused by man.

⁴⁹³ REGISTRO 231098, Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta [S.J.F.G.], tomo I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988, Página 165 (Mex.).

CONCLUSIONS

The comparison between the CISG and the Mexican law on sales is obviously asymmetrical in that there are details in each system that are not covered in the other. However, despite the differences between them, it is still possible to draw a comparison and conclude that the CISG remedies of specific performance, avoidance, and damages are comparable to *cumplimiento forzoso*, *rescisión* and *daños y perjuicios*.

Indeed, the CISG is a relatively new convention and embodies a modern concept of international trade. It came into existence due to an active process of formation enriched by many committees formed by participants from several countries of the world and was drafted exclusively to cover international contracts of sales.

On the contrary, the Mexican law on sales, which is mainly contained in the commerce code and the federal civil code, has been applicable since the 1800's and, even though it has evolved, the Mexican legislative process to amend a law is not as dynamic as might be desired. In fact, the codification of the Mexican law on sales is also applicable to various other civil and commercial acts, which shows that it does not have a specific focus on sales.

The study suggests as a first hypothesis that, the inclusion of the remedy of specific performance in the CISG is not intended to facilitate its exercise as frequently or as extensively as the remedy of *cumplimiento forzoso* is envisioned by the Mexican law of sales. This hypothesis is correct, although, case law evidence demonstrates that the CISG's intention is not the sole reason for the limited exercise of the remedy of specific performance.

Under Mexican law the remedy of *cumplimiento forzoso* is as readily available as the remedies of *rescisión* or *daños y perjuicios* in cases of breach of contract. That is, the remedy of *cumplimiento forzoso* has no special limitations that make it less frequently requested or less frequently available than the other remedies. The Mexican *jurisprudencias* illustrate the extensive exercise of the remedy of *cumplimiento forzoso* in the Mexican jurisdiction.

On the contrary, and despite the fact that the CISG governs all varieties of specific performance, including reduction of the price and fixing an additional period of time to perform, it is exercised less frequently than its Mexican counterpart. One may think that the limited exercise of the remedy of specific performance under the CISG is due to the escape hatch of article 28, which permits a court to avoid entering judgments for this remedy if it would similarly refrain in cases of domestic contracts of sale. However, case law evidence shows that the escape hatch of article 28 is not the cause of the limited exercise of this remedy. In fact, the CISG database (CLOUT) includes only two cases in which a court and a tribunal have used article 28 in relation to the remedy of specific performance. Furthermore, one of the two cases was decided by a United States District court that granted the remedy of specific performance.

Therefore, if the CISG governs all varieties of specific performance, and courts and tribunals do not use the escape hatch of article 28 to avoid entering judgments for specific performance, the limited exercise of this remedy under the CISG must be caused by the parties' remedial requests or choices. There are a couple of reasons why lawyers might either avoid requesting specific performance or actually preclude specific performance claims before common law courts by agreeing to appropriate choice of law or choice of forum clauses. First, common law courts have generally considered the remedy of specific performance as a secondary remedy. This remedy is granted only exceptionally as an alternative remedy when there is no adequate and complete remedy at law by way of compensation in damages, or when the promisee has a special interest in such performance. Under a more recent, and exceptional trend, common law courts have qualified the old common law rules to authorize the remedy of specific performance based on an allegation of the difficulty of cover. Nevertheless, lawyers in the common law tradition remain in a legal culture in which specific relief is concerned exceptional, not normal.

Second, the remedy of damages is often a more efficient remedy than the remedy of specific performance. One reason is that the parties to international sales may be from different jurisdictions presenting different and complex domestic rules for obtaining the remedy of specific performance, while their

respective damage claim procedures may be simpler and more closely parallel. Moreover, parties to the international commercial sales covered by the CISG are generally sophisticated, repetitive participants in the market for goods. Faced with a breach of contract by the other party to a contract, such an aggrieved party is likely to find it relatively easy to find a substitute contractual partner willing to perform in a timely fashion. The relative ease and speed of a substitute transaction must be quite attractive compared to the cumbersome and lengthy process of coercing performance from an unwilling breaching party by resort to litigation. If damages measured by the cost of a substitute performance are ultimately recoverable, the relative ease and speed of meeting one's current need for the goods through unilateral substitutionary relief may be decisive. Thus perhaps, it is now only stubborn plaintiffs who seek the specific performance of contracts, while the efficient plaintiffs cover and seek to recover damages. This possibility is supported by rising number of damage cases, which greatly outnumber the cases involving demands for the remedies of specific performance and avoidance.

The study suggests as a second hypothesis that, there are important differences in the remedy of avoidance and *rescisión* in the two bodies of law. These differences alter the manner in which the avoidance and *rescisión* remedies operate when applied in each context. This hypothesis is confirmed in general, but there is an exception when the parties, in a Mexican contract on sales, expressly agree on the "*pacto comisorio expreso*" or "*cláusula resolutoria expresa*"

Under the CISG, the remedy of avoidance has to be preceded by a fundamental breach (resort to *nachfrist* is an exception) and is unilaterally declared by the aggrieved party. This constitutes an important difference from the remedy of *rescisión* under Mexican contractual law. Mexican law ignores different categories of breach of contract and *rescisión* can only be declared by a judge. However, there is an exception under the Mexican law on sales ("*pacto comisorio expreso*" or "*cláusula resolutoria expresa*") that allows the aggrieved party to declare the remedy of *rescisión* unilaterally. That exception occurs when it is expressly agreed in the contract that by the mere

effect of breach, and without the intervention of a tribunal, the contract becomes void automatically. In this particular case, the CISG remedy of avoidance and the remedy of *rescisión* of the Mexican law on sales do not present important differences. The cases from the CISG databases (CLOUT) and the Mexican *jurisprudencias* illustrate the frequent exercise of the remedies of avoidance and *rescisión*.

The study suggests as a third hypothesis that the extensive and highly articulated damage remedy of the CISG stands in marked contrast to the underdeveloped theory of damages in the Mexican law of sales, and the study proves that to be a fact.

The remedy of damages is well developed and articulated under the CISG in a specific chapter of damages which clearly defines concepts such as replacement sale or purchase, mitigation, and interest. It is clear in the cases from the CISG databases, that there is an extensive body of law resulting from frequent exercise of the remedy of damages. Additionally, the cases illustrate that the remedy of damages is not accessorial but primary. It is often exercised alone, not combined with the remedies of specific performance or avoidance.

In contrast, the remedy of *daños y perjuicios* is under-developed in the Mexican contractual law. Far from having a specific chapter of damages, the Mexican contractual law of damages just comprehends a few articles. Because under the Mexican contractual law the remedy of *daños y perjuicios* is usually exercised combined with the remedy of *cumplimiento forzoso* or *rescisión*, it has not evolved as a primary remedy. On the contrary, it has settled in as a secondary or accessorial remedy. As illustrated by the Mexican *jurisprudencias*, there are only a small number of cases in which Mexican tribunals have ruled on the remedy of *daños y perjuicios* under Mexican contract law.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA JURÍDICA
GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Rafael Enrique Aguilera Portales*
Rogelio López Sánchez**

“En una situación en que ni los profesores de derecho civil ni los profesores de derecho político ponen en sus manos las armas necesarias, el emboscado no podrá encontrar lo que es justo más que en el interior de sí. De las cosas que hay que defender nos enteraremos más bien leyendo a los poetas y a los filósofos”.

ERNST JÜNGER, *La emboscadura*.

* Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctor en Filosofía política y jurídica por la Universidad de Málaga (España), miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT). Este trabajo se desarrolla dentro del proyecto de investigación apoyado en la convocatoria de PAICYT 2007 de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Quiero expresar mi agradecimiento al Dr. Michael Nuñez, a Diana Rocio Espino Tapia, al Dr. José Zaragoza Huerta, al Dr. José Luis Prado Maillard y al Dr. Pedro Torres Estrada.

** Ayudante a Cátedra de Teoría y Filosofía del Derecho, Becario-colaborador del proyecto de investigación PAICYT 2007: *La promoción de los derechos humanos a través de una Ciudadanía activa y democrática en el Estado Constitucional*. Secretario Académico de la Revista *ISOTIMIA* (Revista Internacional de Filosofía Política y Jurídica) de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Presidente del Capítulo “Ayala Villarreal”, de la Fraternidad Jurídica Internacional *Phi Delta Phi*.

“De este modo, puede establecerse una sociedad y mantener la inviolabilidad del pacto común sin lesionar el derecho natural. La sociedad en que domina éste derecho se llama democracia, la cual puede definirse como: asamblea general que posee comunalmente su derecho soberano sobre todo lo que cae en la esfera pública”.

SPINOZA, *Tratado Teológico-político*.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales tienen un impulso decisivo e histórico a partir de las distintas Revoluciones liberales junto a los diversos movimientos sociales que posteriormente surgieron. Estos acontecimientos han tratado de reivindicar y plasmar los valores jurídicos y axiológicos de igualdad, libertad y fraternidad que han desarrollado nuestra actual concepción de Derecho y Estado; igualmente sobre ellos se ha erigido y construido el paso o transición del Estado liberal de derecho¹ hacia el Estado constitucional.

Desde esta visión, podemos establecer una clara correspondencia o paralelismo entre el desarrollo histórico de las distintas transformaciones del Estado con la aparición progresiva de las distintas generaciones de derechos fundamentales. Al Estado liberal de derecho le corresponde la primera generación de derechos fundamentales que son los derechos civiles y políticos, derechos individuales descubiertos en las Revoluciones liberales. El Estado

¹ La diferencia entre Estado Liberal de Derecho y Estado Constitucional consiste en que el primero nace con las Revoluciones liberales, y representa un estadio decisivo de desarrollo estatal dentro de la Teoría jurídica y política; mientras que el Estado Constitucional simboliza el actual paradigma de las democracias contemporáneas, cuyas características abordaremos en el presente estudio. También es preciso señalar, que la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho es el modelo que subsume las dos anteriores concepciones de Estado y tiene tres dimensiones fundamentales: Estado de Derecho, Estado Democrático y Estado Social. *Vid.* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995 (hay ediciones posteriores); HABERMAS, Jürgen, “Derecho natural y revolución”, incluido en su *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 1997.

social de derecho expresa la conquista histórica de los derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales acaecidos fundamentalmente durante la Revolución industrial del siglo XIX. El Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, expresa la última fase de conquista de derechos más novedosos y plurales de nuestra sociedad actual como son el derecho a la paz, el derecho medioambiental, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la libertad informática acaecidos durante la última revolución tecnológica o digital. Nos encontramos, por tanto, ante una nueva etapa evolutiva de desarrollo de los derechos humanos, de tercera generación que complementa las dos etapas anteriores de los derechos liberales individuales y derechos económicos, sociales y culturales. Este es el contexto histórico o contexto de descubrimiento de los derechos fundamentales donde se sitúa de forma general el origen de la teoría garantista ferrajoliana.

En primer lugar, podríamos ubicar al garantismo dentro del paradigma neoconstitucionalista², el cual nace históricamente en la segunda posguerra mundial. Durante el siglo XIX, y parte del XX, no se concebía a la Constitución de acuerdo a principios y valores debido al fuerte esquema formalista y normativista en el cual se encontraba sumergida la Teoría del derecho contemporánea. De esta manera, la tutela y protección de los derechos

² Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002. El citado autor concibe esta corriente como neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno o simplemente constitucionalismo, lo ubica desde tres ópticas: teórico, metodológico e ideología. Sintetiza las características del neoconstitucionalismo teórico expuesto por diversos juristas ubicados en esta concepción como: “*mas principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios*”. PRIETO SANCHÍS, *Ibid.*, p. 121.

fundamentales se ha vuelto uno de los ejes rectores y fundamentales de la concepción de Estado Constitucional³.

Actualmente, existe una interesante, abundante y prolija bibliografía de divulgación y crítica sobre el garantismo de Luigi Ferrajoli⁴, pues nos encontramos ante uno de los pensadores más significativos, originales y relevantes del nuevo paradigma jurídico del neoconstitucionalismo actual, cuyas ideas siguen teniendo tanto una enorme aceptación y recepción, como una fuerte y profunda crítica en el mundo jurídico americano y europeo. El propósito del presente estudio en su primera parte, consiste en describir la estructura garantista de los derechos fundamentales; posteriormente, analizaremos el concepto de derechos fundamentales y la fuerte relación, que propone Ferrajoli, con la democracia sustancial, así como la fundamentación iusfilosófica dentro de su teoría garantista. Seguidamente, abordaremos las variadas críticas realizadas por distintos juristas y expertos de la Teoría del derecho, Filosofía política y Filosofía de la justicia. Por último, exhibiremos nuestro aporte intelectual crítico, evidenciando las semejanzas y carencias del garantismo frente a un modelo más amplio como el neoconstitucionalismo. Igualmente, desde el plano de la Filosofía política y la Teoría del derecho, mostraremos nuestros puntos de discrepancia con ciertas percepciones y

³ Cfr. DE VEGA, Pedro, “Constitución y Democracia” en *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, Madrid, 1983. Recordemos los principios que el maestro Pedro de Vega ha descrito: el principio democrático, el principio liberal (que se compone del respeto a los derechos fundamentales y al principio de división de poderes recordando el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) y el principio de supremacía constitucional.

⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999; *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998; *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004; *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, España, 2006; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2005; CARBONELL, Miguel y otros, (comp.), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, Trotta, 2005; Entre otras obras colectivas y artículos en revistas de ciencia jurídica y política.

concepciones, como la metáfora de la Constitución como pacto social hobbesiano, la ausencia en su teoría garantista de técnicas de la argumentación jurídica y la prevalencia del Constitucionalismo de reglas más que de principios propia de su neopositivismo.

1. 1. TEORÍA DEL GARANTISMO JURÍDICO

La Teoría jurídica de Luigi Ferrajoli tuvo un inicio a partir de las ideas pertenecientes a la *Escuela analítica italiana* (Escuela de Turín), cuyo fundador fue Norberto Bobbio, dentro de la cual se formó una nueva generación de filósofos del derecho, los cuales lograron conciliar la tradición positivista y formalista que había separado la filosofía jurídica de la Ciencia del derecho y la práctica judicial⁵. En el contexto de la filosofía analítica⁶ participaron distintos teóricos y filósofos del derecho como Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli⁷, Giovanni Tarello⁸, Giacomo Gavazzi, Mario Jori, principalmente.

⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “La filosofía analítica” en *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 29. La interacción entre estas dos concepciones exigía que: “los filósofos aprendieran de la escuela de los juristas y viceversa, que los primeros se ofrecieran a actuar y experimentasen, y que los segundos adoptasen los métodos de análisis lingüístico y de la lógica en la construcción de los conceptos y teorías así como en el planteamiento y solución de los problemas jurídicos concretos”. *Ibid.*, p. 41.

⁶ En este sentido podemos expresar que “la filosofía analítica se utiliza para designar la reflexión filosófica como análisis del lenguaje y, en particular, en lo que se refiere a la filosofía del derecho, de los lenguajes jurídicos (del derecho y sobre el derecho), bien las aproximaciones metodológicas propias del empirismo lógico y de la filosofía de la ciencia”. Cfr. FERRAJOLI Luigi, *Ibid.*, p. 23.

⁷ Hugo Scarpelli es un autor significativo del cual Ferrajoli retoma los estudios de análisis del lenguaje jurídico, de semántica del lenguaje normativo y de metodología de la ciencia jurídica. *Ibid.*, p. 30.

⁸ La influencia de Giovanni Tarello tiene que ver con la concepción de las normas jurídicas no como objeto preexistente sino el producto (opínable y mutable) de la interpretación y las manipulaciones de los juristas. *Ibid.* p. 30.

Desde éste contexto histórico, la teoría garantista lleva a cabo un riguroso análisis del lenguaje normativo dentro del universo del discurso de la dogmática jurídica y la Teoría del derecho⁹; así mismo se ha propuesto toda una arquitectura teórica compuesta por términos, definiciones y teoremas a la cual denomina: *Teoría axiomatizada del derecho*, sobre la que reposa su Garantismo¹⁰.

El eminente filósofo del derecho italiano, en su obra *Derechos y garantías: La ley del más débil* postula la función del derecho como un *sistema artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. Introduce el *modelo garantista* mediante el cual postula un cambio estructural en la aplicación del Derecho y la concepción de la democracia, que se traduce en el imperativo jurídico de la sujeción de toda forma de poder al derecho, tanto en el plano del procedimientos como- he aquí la trascendencia de su argumento- en el contenido de sus decisiones.

Luigi Ferrajoli inicia su argumentación en esta obra, reconociendo una fuerte *crisis de Derecho*, que se refleja en una *crisis de legalidad, crisis del Estado Social* y *crisis del Estado Nación*, crisis que a su vez han desencadenado una grave crisis de la democracia. Ante esta situación, el filósofo del Derecho postula el *sistema garantista*, el cual surge para remediar el caos normativo, la proliferación de fuentes, la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares del poder público, la ineficacia de los derechos y la incertidumbre e incoherencia del ordenamiento jurídico actual. Ferrajoli nos presenta tres planos sobre los que podemos comprender su garantismo:

⁹ Ferrajoli entiende por universo del discurso como: “*el conjunto de cosas y/o experiencias de las cuales la (o una determinada) teoría del derecho habla*” y por dogmática jurídica como “*el conjunto de los conceptos y de los enunciados dedicados a la clarificación del sentido de las normas, elaborados y a la vez verificables o refutables mediante el análisis del lenguaje legal, formulado en un lenguaje metalingüístico respecto de éste y que de él extrae dogmáticamente sus propias reglas de uso*” Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “La semántica de la teoría del derecho” en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004. pp. 17 y 52.

¹⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Expectativas y garantías, primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho” en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, p. 141.

A) Nuevo modelo normativo del Derecho: se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe los derechos fundamentales como límites, a través de los cuales se maximiza la libertad y minimiza la arbitrariedad e impunidad por parte de los gobernantes. Con ello, propone una reestructuración de la democracia desglosada en dos dimensiones claras y distintas: *democracia formal* (relacionada con el procedimiento de toma de decisiones) y *democracia sustancial* (relativa a los derechos fundamentales). Esta última concepción está conectada directamente con la legitimidad sustancial, creada a partir de la redimensión de concepto de democracia y el cumplimiento de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho¹¹.

B) Teoría del Derecho y crítica del Derecho: el proceso histórico de positivización de los derechos responde al paradigma o modelo tradicional del positivismo jurídico. Sin duda, éste ha sido un referente claro de influencia y continuidad en su visión del garantismo jurídico. La positivación de los derechos fundamentales ha vivido sucesivas etapas históricas como por ejemplo la creación del Estado Liberal de Derecho que brindó, en su momento, seguridad jurídica a los ciudadanos. En este sentido, Ferrajoli parte inicialmente de la concepción clásica de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas¹² y propone una modalidad de iuspositivismo crítico frente al iuspositivismo dogmático tradicional. El iuspositivismo dogmático sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, donde se privilegia la forma de producción de la misma en lugar de su contenido, el juez en este sentido, se convierte en un autómatas de la ley a través de una aplicación lógico-deductiva; pero carente

¹¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 854-868.

¹² Cfr. BOBBIO Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1998, p. 239. En esta obra, Bobbio concluye con tres aspectos del positivismo jurídico: como método, teoría y valor; en cuanto al primero, analiza si es idóneo para alcanzar determinado fin, el segundo derivará un juicio de veracidad o falsedad en cuanto pretende verificar la correspondencia entre la teoría y la realidad, y éste último, del cual se deberá decidir si una norma es buena o mala (justa o injusta). “*De ahí el triple orden de problemas de la norma jurídica: la justicia, la validez y la eficacia*”. Cfr. BOBBIO Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1998, p. 33.

de razonamiento jurídico amplio y sustancial. En sentido contrario, el iuspositivismo crítico retoma las tres características ya referidas, y concibe al juez no sólo obligado a emitir juicios de validez de las normas sino con capacidad de dotar y ampliar el contenido sustancial a las mismas leyes ante la existencia de lagunas, dilemas y antinomias jurídicas, procurando una cierta discrecionalidad en sus juicios de validez¹³.

C) Filosofía Política-jurídica: la filosofía política cumple una función necesaria y complementaria, principalmente, porque sustenta la legitimidad del ordenamiento político junto con la concepción o modelo de Estado. Su filosofía política concibe al Estado como un instrumento idóneo para garantizar los derechos fundamentales. El Estado de derecho no consiguió materializar los principios de legalidad, publicidad y control de las actividades estatales. Por el contrario, la ilegalidad, el secreto del aparato estatal y la irresponsabilidad de los gobernantes ha impedido el desarrollo de un Estado Constitucional garantista. El garantismo, por tanto, como doctrina filosófica-política permite la crítica de las instituciones jurídicas positivas, conforme a la clásica y rígida separación (propia del positivismo), entre derecho y moral, o entre validez y justicia¹⁴. Ferrajoli retoma el concepto de *autopoyesis*, de Niklas Luhman sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos, repasa la división clásica que hace el autor alemán sobre las siguientes doctrinas: “las autopoyéticas, en las cuales el Estado es un *fin* y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos, y, por otro lado, están las doctrinas *heteropoyéticas*, en éstas, el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola”¹⁵. Por consiguiente, el garantismo, en sentido

¹³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 868-880.

¹⁴ Cfr. FERRAJOLI, *Ibid.*, p. 880.

¹⁵ Cfr. FERRAJOLI, *Ibid.*, p.881. Para Niklas Luhman los sistemas sociales nacen en las sociedades complejas con la función de reducir complejidad, su propia existencia obedece a la imposibilidad de un consenso fáctico entre los individuos, como

filosófico-político, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados. De tal manera, que la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos¹⁶.

2. ESTRUCTURA Y NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL GARANTISMO

El diseño propuesto por Ferrajoli para los derechos fundamentales se basa en las propuestas de la *Escuela Analítica del Derecho italiana*. Esta corriente epistemológica jurídica contemporánea confiere gran importancia a la semántica jurídica, de ahí que su concepto de derechos fundamentales, sea calificado por él mismo como meramente teórico. Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli inauguraron un nuevo periodo de la filosofía del derecho orientándola hacia el empirismo lógico y el análisis del lenguaje como bases epistemológicas de una filosofía del conocimiento jurídico como metodología o metaciencia de la ciencia del derecho. Este nuevo periodo iusfilosófico se levanta contra las tradicionales aproximaciones metafísico-iusnaturalistas o idealistas-historicistas fuertemente asentadas en nuestra tradición occidental.

mecanismo de orientación social. Luhman cree que la tradición de pensamiento socioevolutivo del siglo XVIII y XIX han sido superadas por las sociedades postindustriales, en las que la integración ya no discurre por cauces de integración social (Habermas), sino solo por cauces de integración sistémica. LUHMAN, Niklas, *Soziale Systeme. Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, (introducción de Ignacio Izuzquiza); [traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz], Barcelona: Paidós: ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990; LUHMAN, Niklas, *Teoría de los sistemas sociales*, Universidad Iberoamericana, México, D. F., 1998; LUHMAN, Niklas, *Wissenschaft der Gesellschaft. La ciencia de la sociedad*, (traducción de Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura), Anthropos, Universidad Iberoamericana, Guadalajara, ITESO, Barcelona-México, D. F., 1996; LUHMAN, Niklas, *Teoría de la sociedad*, Universidad de Guadalajara Universidad Iberoamericana ITESO, Guadalajara, Jal., 1993; LUHMAN, Niklas, *Sistemas sociales*, Anthropos México-Barcelona, 1998.

¹⁶ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 880-892.

Situado en esta tradición analítica, Ferrajoli propone una redimensión de *democracia formal*, relacionada con la manera en que se toman las decisiones políticas en la actualidad y la *democracia sustancial*, que la concibe íntimamente ligada al respeto de los derechos fundamentales. De esta manera, se configura el concepto propuesto de derechos fundamentales, y a su vez, se construye su teoría garantista a partir de cuatro tesis.

Este *sistema garantista* pretende dotar de posibilidades de eficacia y pleno cumplimiento los derechos fundamentales sean estos derechos individuales o sociales. Los derechos fundamentales se configuran, de este modo, como vínculos sustanciales impuestos a la democracia política. Por un lado, vínculos negativos generados por el derecho a la libertad que ninguna mayoría o poder puede violar y, por otro lado, vínculos positivos generados por los derechos sociales, que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer; pues forman la esfera de *lo decidible y indecidible*, actuando como factores no solo de legitimación social sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación democrática de las decisiones y omisiones de todo Estado Constitucional.

2.1 CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INTERRELACIÓN CON LA DEMOCRACIA SUSTANCIAL

A lo largo de la historia, diversas teorías han tratado de explicar el concepto y el fundamento de la evolución de los derechos fundamentales¹⁷. Las dos visiones iusfilosóficas tradicionales son el iusnaturalismo y el iuspositivismo que tienen como fundamento la naturaleza humana y su peculiar visión del mundo¹⁸, de esta manera, tenemos que todas las tesis explicativas de los

¹⁷ La evolución de los derechos fundamentales comprende las fases de positivación, generalización, internacionalización y especificación. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.

¹⁸ Norberto Bobbio caracteriza ejemplarmente estas dos concepciones iusfilosóficas: “Por *iusnaturalismo* entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por

derechos tienen una verdad relativa que va conduciendo a una sincronía de los derechos fundamentales¹⁹. La definición que propone Ferrajoli de los derechos fundamentales es la siguiente:

“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma

positivismo jurídico entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo.” Vid. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.) Editorial universitaria Buenos Aires, 1965. La postura de Bobbio respecto al Derecho natural es más moderada y comprensiva que la de Hans Kelsen o Alf Ross quienes tienen agudas y contundentes críticas hacia esta filosofía del derecho natural. Véase H. Kelsen y BOBBIO, N., *Crítica del Derecho Natural*, (Introducción y traducción E. Díaz), Taurus, Madrid, 1966. La corriente iusnaturalista, afirma que hay derechos naturales anteriores al Derecho positivo y Estado, afirmando su superioridad, mientras que la tradición iuspositivista afirma que es el Estado quien otorga esos derechos y coloca al Derecho positivo por encima del Derecho natural. Sin duda, consideramos que la problemática y la polémica es aún más compleja y sería irresponsable por nuestra parte reducirla a unas cuantas líneas porque pretendemos centrarnos en un objeto distinto. Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1993; RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000.

¹⁹ Existe gran discusión sobre el concepto derechos fundamentales, considerado por muchos como vago e impreciso, nosotros nos adherimos a la denominación de derechos fundamentales desde la postura de un positivismo moderado del profesor Gregorio PECES BARBA, quien afirma: “los derechos fundamentales pueden comprender tanto los presupuestos éticos, como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento (...) expresan tanto una moralidad básica como una juricidad básica” Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1999, p. 37.

jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas²⁰

Recordemos que la definición antes expuesta tiene, según Ferrajoli, las siguientes características:

- 1) *teórica*, porque aún estando elaborada con relación a los derechos fundamentales positivamente sancionados por las leyes, no está basada conforme a normas de ningún ordenamiento concreto.
- 2) *puramente formal o estructural*, porque prescinde de la naturaleza de los intereses y necesidades tuteladas mediante su reconocimiento como derechos fundamentales y se fundamenta únicamente en el carácter universal que se le otorga.
- 3) *neutralidad*, nos explica el autor, que cualquiera que sea la filosofía política o jurídica, ya sea iusnaturalista o iuspositivista, liberal o socialista, antiliberal o antidemocrática esta definición puede ser válida²¹.

En cuanto a la concepción y justificación del concepto antes aludido tenemos que resumir las cuatro tesis en materia de derechos fundamentales que elaboró el maestro italiano y fueron expuestas en la *Revista "Teoría Política"* de 1998.

²⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales" en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 37. Cabe señalar que FERRAJOLI, con gran influencia positivista, abandona la concepción de "derecho subjetivo como mero reflejo de la obligación jurídica de otro" establecida por el jurista austriaco. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2003, p. 145.

²¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 19-21.

A) Diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y patrimoniales

Mientras que los derechos fundamentales son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos; los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables²². Estos derechos últimos son producto de la filosofía iusnaturalista, propia del contractualismo liberal basada en la filosofía del liberalismo político, cuyo máximo exponente fue John Locke. Sobre la filosofía de Locke, podemos señalar que para él, el derecho a la propiedad privada era considerado un derecho fundamental, que se basaba en el esfuerzo y el trabajo del ser humano sobre la naturaleza. El descubrimiento de vastos territorios en América del Norte, ayudó a la tesis de fusionar el sentimiento de propiedad como un derecho no enajenable. De hecho, en sus tratados, el filósofo inglés, emplea frecuentemente la palabra *property*, donde quiere significar un derecho natural como derecho básico y sumamente importante dentro de los derechos naturales de vida, libertad y posesión²³.

El liberalismo político de John Locke mezcló ambas categorías de derechos patrimoniales y fundamentales, figuras entre sí heterogéneas como los derechos de libertad y los derechos de propiedad, fruto de la yuxtaposición de doctrinas iusnaturalistas y civilista-romanista. Una yuxtaposición que ha condicionado nuestra teoría de los derechos en su totalidad hasta nuestros días y nuestra concepción de Estado de derecho. Ferrajoli denuncia esta confusión o yuxtaposición como grave equívoco teórico histórico responsable de posteriores operaciones políticas del siglo XIX y XX que llevan a equiparar al mismo nivel, dentro de la tradición liberal, el derecho de propiedad con los de libertad y, a la inversa, en la tradición marxista, el descrédito y desvaloración de las libertades.

Con esta distinción fundamental, Ferrajoli cuestiona y pone en entredicho fuertemente la tradición del liberalismo político que equipara ambos tipos de

²² Cfr. FERRAJOLI, *Ibid.*, p. 31.

²³ Cfr. SABINE, George, *Historia de la teoría política*, FCE, México, 1984, p. 388.

derechos. Para nuestro autor, los derechos fundamentales son concebidos como *normas*, mientras los derechos patrimoniales son predispuestos como *normas o actuaciones concretas*. Esta diferencia sutil y enormemente significativa brinda una primacía a los derechos fundamentales sobre los patrimoniales a la hora de comprender la estructura interna del Estado Constitucional.

B) La segunda tesis: la democracia sustancial

Existe un consenso generalizado sobre la definición contemporánea de democracia, como “*un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quien está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que procedimientos*”²⁴ la cual ha sido calificada como meramente procedimental o formal por el miembro de la *Escuela analítica italiana*. A esta visión de democracia se le denomina democracia formal o procedimental y resulta ser una concepción dominante y unánime en la filosofía política de Kelsen, Bobbio, Schumpeter y Dahl.

Estos autores resaltan el carácter procedimental de la democracia como aseguradora de resultados políticos concretos. Su carácter procedimental y formal radica en una estrecha semejanza entre democracia (*sistema político*) y mercado (*sistema económico*). La pregunta acerca de quiénes gobernarán es, por consiguiente, la cuestión más elemental que resuelve la democracia representativa y esta pregunta siempre a la opinión de los ciudadanos. Según este modelo, la democracia no es más que un conjunto de reglas procedimentales para la toma de decisiones colectivas, el cometido de los

²⁴ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 2003, p. 24. También pueden consultarse las obras: SARTORI Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, México, 2003. SCHUMPETER, J. A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper, Nueva York, 1942, p. 269 (*Trad. cast.: Capitalismo, socialismo y democracia*, Orbis, Barcelona, 1988). PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1990; BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, (prologo de Rafael Agapito Serrano), Trotta, Madrid, 2000.

ciudadanos se reduce y agota en periódicas intervenciones electorales. Desde esta visión economicista de democracia, podemos decir que estos autores no enmascaran con falsas legitimaciones el modelo de democracia realmente existente. Bajo este argumento, se legitiman los sistemas políticos occidentales en cuanto a un modelo de democracia competitiva de mercado que cumple condiciones de realismo, pragmatismo y eficacia. Tal vez, lo único contradictorio es que siga denominándose modelo “*democrático*” cuando se trata simple y llanamente de “*mercado electoral*”. Ferrajoli es consciente de cómo este modelo puramente procedimental está en crisis por eso propone un rediseño del actual modelo con su concepción de democracia sustancial.

Desde esta perspectiva, el autor florentino rediseña una estructura que propone dos dimensiones: *democracia formal*, (previamente analizada, y la otra denominada *democracia sustancial*, consistente en las normas sustanciales de validez, que vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y demás principios axiológicos establecidos en ellas²⁵. Por otra parte, la democracia formal significará quien está legitimado para decidir, mientras que la democracia sustancial se relaciona con lo que es lícito o ilícito, legítimo o ilegítimo decidir. La democracia sustancial viene a limitar el poder de dos maneras: garantizando los derechos de libertad y protegiendo los derechos sociales. El objetivo prioritario de Ferrajoli es la búsqueda de elementos garantistas, de este modo, la democracia sustancial viene a completar, controlar y limitar el poder de la democracia formal.

Es inevitable señalar, que en la actualidad el Estado moderno sufre una crisis sistémica, la cual viene acompañada de un debilitamiento en la esfera pública, que ha sido descrita por el autor florentino como crisis del Estado y la razón jurídica, que consiste en: “*una crisis de legalidad, que permea a través de un sistema de corrupción en la administración pública, una crisis del Estado social y una crisis del estado nacional donde las decisiones en materia militar, política monetaria y políticas sociales, son*

²⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 864-867.

*transferidas a los organismos internacionales no regidos por principios democráticos*²⁶.

En este marco de crisis surge el paradigma de *democracia constitucional*, el cual está definitivamente ligado a la idea de *contrato social*; según Ferrajoli, dicho pacto es una metáfora de la democracia política, porque alude a un consenso de los contratantes; pero, también, es una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato cuenta con cláusulas, consistentes en la tutela de los derechos fundamentales²⁷ con los que el soberano complementa la legitimación formal o política. De esta manera, el paradigma garantista mantiene la incorporación de los vínculos sustanciales, no importando que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos.

En cuanto a la metáfora del *contrato social* y su relación con la democracia sustancial ideada por el filósofo jurídico florentino, existen opiniones encontradas en el sentido del fortalecimiento de la democracia participativa y una ciudadanía activa que sea el eje rector de una nueva generación de la sociedad civil y política. Habermas, sostiene una postura discursiva y deliberativa respecto al proceso constituyente de todo país democrático, mientras que Ferrajoli parece desconfiar de este procedimiento discursivo y asambleario, y optaría por una salida de pacto constitucional hobbesiano, siguiendo la tradición positivista. Sin duda, piensa Habermas, el gran filósofo alemán, el déficit democrático no se va a eliminar por medio de una “*reducción*

²⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, cit., pp. 15- 20. En este aspecto no cabe duda que Ferrajoli está tomando elementos de la teoría crítica de Habermas. Cfr. Habermas, Jürgen., *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1986; MACARTHY, Thomas. *La teoría crítica social de Habermas*, Tecnos. Madrid. 1978; MENÉNDEZ UREÑA, E., *La teoría crítica de la sociedad de Habermas*, Tecnos, Madrid, 1978. Analizando posteriormente los problemas derivados del crecimiento en el capitalismo tardío, que no son “*fenómenos de crisis específicos de sistema*”. Se refiere a la ruptura de equilibrio ecológico, a la quiebra de los requisitos de congruencia del sistema de la personalidad (alienación) y a la carga explosiva de relaciones internacionales. Con los peligros de autodestrucción del sistema mundial que éstos conllevan.

²⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, cit., p. 38.

estatista” del problema, sino que más bien lo agudizaría. Este tipo de urgencias legislativas o de reforma estatal no solucionan realmente el problema de legitimación democrática y social del Estado de derecho, sino que parchean una realidad troncada. Por eso, “hasta el momento faltan los presupuestos reales para una formación de la voluntad de los ciudadanos que esté integrada a nivel europeo”²⁸. Este modelo formativo de voluntad política y ciudadana podemos hacerlo extensible a cualquier proceso de construcción política nacional e internacional, aunque Habermas se refiere a un proceso constitucional concreto es un modelo válido para cualquier país.

Habermas, insertado dentro del paradigma de construcción europeo, plantea tres requisitos funcionales o condiciones necesarias²⁹ para el establecimiento de una identidad política y jurídica de cualquier país democráticamente constituido:

- a) el nacimiento de una *sociedad civil*. La formación de redes que amplíen las organizaciones, asociaciones, sindicatos, movimientos que ayuden a vertebrar la sociedad desde los valores fundamentales de pluralismo político e ideológico.
- b) La construcción de una *esfera pública*. El espacio público será el remedio o *farmakon* para el déficit democrático actualmente existente.
- c) la creación de una *cultura política* susceptible de ser compartida por todos los ciudadanos. Para ello, es imprescindible el carácter de *publicidad* y *opinión pública*, visto lucidamente por Kant, que ayuda a establecer una conexión entre la Constitución jurídica y la cultura

²⁸ Cfr. HABERMAS, “¿Necesita Europa una Constitución?” en *La inclusión del otro (Estudios de teoría política)*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 138.

²⁹ Cfr. HABERMAS, *Ibid.*, p. 58. Traemos a colación estas ideas de Habermas para analizar los presupuestos generales necesarios de todo Estado Constitucional. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos : de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (del Renacimiento a Kant), vol. II Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1975.

política de una comunidad. El “incremento de la cultura” que conduce a “una más amplio cuerdo sobre los principios”³⁰.

En esta línea, Habermas se sitúa en la antípoda del proceso constituyente propuesto por Ferrajoli, un modelo más vertical que horizontal de construcción del Estado Constitucional. Mientras Habermas atiende a procesos deliberativos consensuados de formación de voluntad política, Ferrajoli gira hacia un modelo constitucional de arriba hacia abajo bajo la metáfora de pacto social hobbesiano.

Una vez establecida la premisa de la democracia sustancial, y comprendidos los elementos inherentes al Estado Constitucional diseñado por el autor italiano, podemos continuar con la fundamentación de su garantismo, relativa a la distinción realizada entre ciudadanos y personas que a continuación presentamos.

C) Tercera tesis: naturaleza supranacional de los derechos fundamentales

La modernidad política y jurídica occidental ha considerado siempre el concepto de ciudadanía como un concepto ligado al de derechos humanos

³⁰ Cfr. HABERMAS, J., “La idea kantiana de paz perpetua”, *cit.*, p. 160. Sin duda, la Constitución Europea aparecerá en un contexto mundial de transformación; de ser aprobada se convertirá en el primer documento constitucional histórico que surge en el contexto y proceso de globalización económica internacional. Un sector amplio de representantes del eurofederalismo defienden una posición cosmopolita al considerar que un Estado federal europeo puede ser el punto de partida para el establecimiento y configuración de un nuevo orden internacional fundado en la defensa del Derecho internacional. Igualmente, manifiestan que el proceso de Unificación Europea es una excelente oportunidad histórica para aspirar a proyectar una verdadera globalización jurídica que preconice una auténtica globalización de los derechos fundamentales como único camino posible para poner freno a los efectos voraces y depredadores de la globalización económica y actual desorden internacional. AGRA ROMERO, María Xosé, “Ciudadanía: Fronteras, círculos y cosmopolitismo” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 36, 2002, pp. 9-28. KLEINGELD, Pauline, “Six Varieties of Cosmopolitanism in Late Eighteenth-Century Germany”; *Journal of the History of Ideas*, vol. 60, n.º 2, 1999, pp. 505-506.

de tal forma que los derechos del hombre y el ciudadano se marcaron desde un principio como indisolublemente unido y vinculado. Esta lucha y conquista de los derechos que durante décadas han realizado hombres y sociedades enteras pueden verse reflejados en el reconocimiento y positivación de los derechos fundamentales, tanto a nivel nacional como internacional.

La naturaleza supranacional de los derechos fundamentales tiene relación especial con la distinción que actualmente se ha ido desarrollando entre ciudadanía y persona. En el famoso ensayo *Citizenship and Social Class*, Thomas Marshall expone una tipología de derechos pertenecientes a la ciudadanía, los cuales están divididos en tres clases: derechos civiles, políticos y sociales³¹.

El destacado filósofo del Derecho Ferrajoli, ha expuesto una cierta inconmensurabilidad o incomunicabilidad entre los estudios jurídicos y

³¹ Cfr. MARSHALL, Th. H. *Citizenship and Social Class*, 1950, (trad. cast. Marschall, Th. H. y Bottomore), T. *Ciudadanía y Clase social*, (trad. Pepa Linares), Alianza Editorial, Madrid, 1998. En esta obra define la ciudadanía como posesión de derechos y pertenencia a una comunidad. La noción marschalliana de ciudadanía se inscribe en la tradición ético-republicana que tiene como antecedentes a Aristóteles, Maquiavelo y Rousseau. MARSHALL, Th. H., *Citizenship and Social Class*, 1950, (trad. cast. Marschall, Th. H. y Bottomore), T. *Ciudadanía y Clase social*, (trad. Pepa Linares), Alianza Editorial, Madrid, 1998. En esta obra define la ciudadanía como posesión de derechos y pertenencia a una comunidad. La noción marschalliana de ciudadanía se inscribe en la tradición republicana que tiene como antecedentes a Aristóteles, Maquiavelo y Rousseau. La construcción de la ciudadanía ha recorrido tres etapas históricas: los derechos civiles del siglo XVIII, derechos políticos del siglo XIX y, un último estadio, los derechos sociales en el siglo XX. Sin lugar a dudas, el movimiento ilustrado del siglo XVIII significó la conquista de la *ciudadanía civil* (derechos civiles): los derechos que promueven el imperio del derecho como el derecho a un juicio justo, acceso igualitario a la justicia derecho de propiedad privada, las garantías de indemnización en caso de expropiación, el habeas corpus. El siglo XIX fue la construcción de la *ciudadanía política*: los derechos de participación política, derechos de sufragio, de expresión, de asociación, el derecho al ejercicio del poder político “elegir y ser elegido”. En el siglo XX se accede a la formación de la *ciudadanía social* (derechos sociales). Estos aluden a la garantía para los ciudadanos de la titularidad de los estándares históricos, económicos y sociales de una sociedad determinada.

sociológicos en materia de “*ciudadanía*” que deja al derecho sin las aportaciones de los estudios filosóficos y sociológicos para un análisis realista del grado de efectividad de los derechos y las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía³².

La naturaleza supranacional de los derechos es defendida por el jurista italiano desde un plano socio-jurídico e historiográfico³³, ya que él expone, que los procesos de globalización, integración mundial y fenómenos migratorios, han puesto en contradicción los derechos de la persona y del ciudadano en la actualidad. De tal manera, propone superar esta contradicción mediante la internacionalización de los derechos fundamentales, eliminando esta distinción, al pasar del *status civitatis* al *status personae*³⁴, ya que para él “*la ciudadanía representa el último privilegio del status, el último factor de exclusión y de discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales*”³⁵. Hoy por hoy, en un contexto de explosión demográfica, aumento de la pobreza y los distintos problemas institucionales en América Latina, la solución aportada por Ferrajoli no es reducir los derechos del hombre a los derechos ciudadanos, y al mismo

³² Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en *Derechos y Garantías*, cit., p. 98.

³³ Luigi Ferrajoli plantea que se ha generado una corriente iusnaturalista y antipositivista que recorre toda la doctrina sociológica sobre la ciudadanía que resulta inadecuada para ordenamientos codificados. Estas corrientes iusnaturalistas contemporáneas llevan a ampliar indefinidamente tanto la noción de ciudadanía como el número de derechos de ciudadanía, mientras que la positivista lleva a restringirlos por su falta de efectividad y garantías jurídicas.

³⁴ Desde un punto de vista jurídico, históricamente se ha distinguido entre *status civitatis* (*ciudadanía*) y *status personae* (*personalidad*). Hombre y ciudadano, *Homme* y *citoyen* conforman dos clases diferentes de derechos fundamentales: derechos de personalidad, que corresponden a todos los seres humanos como individuos o personas, y derechos de ciudadanía que corresponden de forma exclusiva a los ciudadanos. Desde una visión positivista, indudablemente esta distinción puede provocar confusión.

³⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en *Derechos y garantías*, cit., p. 117.

tiempo, pretender fundar aún sobre la ciudadanía la lucha por los derechos y la democracia en nombre del universalismo.

En la crisis de los Estados y las comunidades nacionales que caracteriza el nuevo milenio, conectada con fenómenos paralelos como la migraciones de masas, los conflictos étnicos y la distancia enorme entre Norte y Sur, es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión e igualdad. Los derechos se han convertido en derechos de ciudadanía exclusivos y privilegiados, a partir del momento en que se trató de tomarlos en serio y de pagar su coste. De esta manera, expone *“tomar en serio estos derechos significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como pertenencia (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Y desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supra-estatal –en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional- y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran apartheid que excluye de su disfrute a la mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo”*³⁶. Hoy por hoy, en un contexto de explosión demográfica, aumento de la pobreza y desigualdad en América Latina, la solución aportada por el filósofo del Derecho Ferrajoli no es reducir los derechos del hombre a los derechos ciudadanos y al mismo tiempo pretender fundar aún sobre la ciudadanía la lucha por los derechos en nombre del universalismo, sino reconocer estos derechos como universales y cosmopolitas.

D) Relación entre Derechos y sus garantías

En el interior de este complejo teórico destinado a la estructura de la protección de los derechos, se encuentran las garantías primarias, las cuales se relacionan con el contenido de los derechos, es decir, las expectativas positivas o negativas que el Estado debe satisfacer, las cuales podemos identificar como derechos

³⁶ Ferrajoli, *Derechos y garantías, cit.*, p. 97.

liberales y sociales respectivamente. Las garantías secundarias consisten en: “*las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación) correspondientes a las expectativas positivas que forman el contenido de la sancionabilidad y de la anulabilidad generadas, como efectos específicos, respectivamente por actos ilícitos y por los actos inválidos*”³⁷”.

Los derechos sociales pueden considerarse expectativas o pretensiones de recursos y bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas, en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas; pero, fundamentalmente, a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y, a veces, nulo o inexistente.

Luigi Ferrajoli observa cómo estos derechos sociales sufren una laguna de garantías, imperfecciones o incluso aún de conculcación. La ciencia jurídica no ha elaborado aún formas de garantías con eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales como las de libertad y autonomía. Los derechos sociales imponen deberes de hacer por los que su violación no se manifiesta por tanto, como en el caso de la libertad, en la falta de validez de actos que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones o en carencias de prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables. Esto se debe a que los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político, tanto porque estos derechos tienen unos costos elevados, como por todo el complejo y aparatoso sistema de mediación burocrática del Estado de bienestar. Por ejemplo, el derecho al trabajo incluido como derecho fundamental en todas las Constituciones de América latina se convierte en una norma menos efectiva y más retórica. Evidentemente, esto se debe a que los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político, tanto porque estos derechos tienen unos costes elevados, como por todo el complejo y aparatoso sistema de mediación burocrática del Estado de bienestar.

³⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Expectativas y garantías” en *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 161.

Las garantías primarias y secundarias, van de la mano con la actividad denominada iuspositivismo crítico³⁸, propuesta por Ferrajoli, esta práctica consiste en: “la tarea científica del jurista de valorar la validez o invalidez de las normas conforme a parámetros formales como sustanciales establecidas por normas de rango superior³⁹” ante la existencia de lagunas deónticas las cuales son “generadas por la carencia de garantías” o las lagunas jurídicas consistentes en “la carencia de los presupuestos normativos u organizativos⁴⁰” para hacer efectivos los derechos.

La crisis del Estado social de Derecho impone un nuevo reto al Estado y al sistema jurídico garantista de derechos sociales. No solo debe garantizarlos, sino que debe brindar protección a las exigencias económicas, sociales y culturales de sus ciudadanos ante las amenazas de la globalización, de las reglas del neo-liberalismo y del mercado de capitales. El Estado no debe comportarse como un “*gran mercado*” en busca de inversionistas, para los cuales crea un mercado atractivo, mermando las necesidades básicas y las exigencias sociales de su pueblo. Por el contrario, debe dotar a su pueblo de las garantías suficientes para afrontar la actual situación mundial, brindándoles las armas que requieran para no permitir injusticias contrarias a su dignidad

³⁸ Al respecto, podemos mencionar lo que Norberto Bobbio caracteriza ejemplarmente las dos concepciones iusfilosóficas clásicas: “Por *iusnaturalismo* entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por *positivismo jurídico* entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo.” En realidad cuando hablamos de iusnaturalismo o iuspositivismo cuestionando la difícil frontera existente entre moral y derecho, es por esta razón que nos remitimos a al problema de la compleja y laberíntica relación entre moral, política y Derecho. Cfr. BOBBIO, N, *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.) Editorial universitaria Buenos Aires, 1965. La postura de Bobbio respecto al Derecho natural es más moderada y comprensiva que la de Hans Kelsen o Alf Ross quienes tienen agudas y contundentes críticas hacia esta filosofía del derecho natural. Véase KELSEN, H. y BOBBIO, N., *Crítica del Derecho Natural*, Introducción y traducción E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966.

³⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 874.

⁴⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Expectativas y garantías*, cit., pp. 161-165.

humana, no solo en el sentido de proteger sus libertades y su autonomía, sino además asegurarles una vida digna atendiendo a sus necesidades sociales, en cumplimiento de sus obligaciones como Estado social de Derecho.

Sin duda, esta falta de efectividad y protección jurídica de los derechos socio-económicos responde a la necesidad de seguir repensando el papel de estos derechos: Consideramos que desde nuestro punto de vista los derechos humanos urgen y precisan de mayor clarificación y dilucidación conceptual, dentro del proceso irreductible de la globalización nos encontramos con dos tendencias opuestas entre universalidad y diferencialidad que nos está sometiendo a todo tipo de dilemas, tensiones y contradicciones que de alguna forma tenemos que afrontar.⁴¹

2.2 FUNDAMENTACIÓN AXIOLÓGICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los criterios o valores jurídicos universalmente aceptados por las Declaraciones, Tratados y Acuerdos Internacionales a lo largo de la historia de los derechos fundamentales han sido la igualdad, libertad y fraternidad (o solidaridad según los modernos); estos valores, junto con el valor de la dignidad⁴² y de libertad humana pueden ser vistos desde distintos enfoques,

⁴¹ Cfr. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y ESPINO TAPIA, Diana Rocío, “Fundamento, naturaleza y garantías jurídicas de los derechos sociales ante la crisis del Estado social” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, nº 10, año 2006, pp.1-29; AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Multiculturalismo, derechos humanos y ciudadanía cosmopolita” en *Revista LETRAS JURÍDICAS*, Universidad de Guadalajara, México, nº 3, Otoño, 2006, pp. 1-29.

⁴² Cfr. CAMPS, V., “El descubrimiento de los Derechos humanos” en Muguerza, J.: *El Fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989. Peter HÄBERLE desarrolla plantea la idea de la dignidad humana como “*premisa antropológica-cultural*” de una sociedad plenamente desarrollada, el conjunto de derechos y deberes permiten al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo. El cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la “*dignidad humana*”, y aquí debemos distinguir dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto válido entre culturas y, por tanto, universal. Cfr. HÄBERLE, P. *El Estado constitucional*, (trad. Héctor Fix-Fierro),

debido a su enorme riqueza conceptual. Desde el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía política estos conceptos aportan un alto grado de confusión en lo que respecta a su tratamiento técnico-jurídico como principios fundacionales de los derechos humanos. Podemos hablar de libertad social, política, jurídica, psicológica, metafísica, moral, libertad-autonomía (Kant), libertad-participación (Hegel), libertad-prestación (Marschall), libertad positiva o negativa (I. Berlin).

De esta manera, Ferrajoli propone una redimensión de los criterios axiológicos que fundamentan los derechos fundamentales, entre los que se encuentran la igualdad, democracia, la paz y la tutela del más débil. En el artículo “¿Qué son los derechos fundamentales?” publicado en 1999, en la *Revista Teoría Política*, Ferrajoli propone cuatro⁴³ distintas respuestas a la cuestión planteada:

- a) razón o fundamento teórico;
- b) fuente o el fundamento jurídico;
- c) justificación o el fundamento axiológico;
- d) origen o fundamento histórico y sociológico.

La tercera cuestión enunciada anteriormente, ubica la justificación o fundamento axiológico, en el contexto de la filosofía política o de la justicia, para lo cual Ferrajoli propuso la creación de cuatro criterios axiológicos para decidir cuales pueden ser o no los derechos fundamentales.

A) Conexión entre derechos fundamentales e igualdad: este criterio está relacionado con el principio clásico de igualdad, que ha sido incorporado

Universidad Nacional Autónoma de México, IJ, México, 2001. p. 169. Ver también HÄBERLE, P., “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: en análisis comparativo” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, Sept-Dic. 1998, pp.11-38. Sobre el concepto de dignidad humana ver el trabajo de CASTRO CID, Benito. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría General de los Derechos Humanos*, León, León, 1987, p. 67.

⁴³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1999, p. 314.

por las distintas Revoluciones liberales, de donde también surge la característica de universalidad, que atribuye Ferrajoli desde la filosofía política y sociológica del derecho, al concepto de derechos fundamentales. También propone el establecimiento de una sociedad civil global mediante la creación del “*constitucionalismo global*” para establecer niveles mínimos de subsistencia a las personas habitantes de países menos privilegiados⁴⁴.

Por tanto, Ferrajoli está defendiendo un concepto de igualdad material frente a la concepción liberal de igualdad formal que resulta insuficiente en las actuales sociedades plurales, multiculturales y complejas. A este respecto, el filósofo político John Rawls, presenta una teoría peculiar sobre este apartado, puesto que la tradicional contraposición entre libertad e igualdad con todas sus interpretaciones posibles no aclara el intento de fundamentación filosófica ni constitucional de estos derechos fundamentales. Consideramos que, hoy por hoy, existen propuestas filosóficas sintetizadoras capaces de superar esta tradicional contraposición. La filosofía política de Rawls trata de conciliar y compaginar los ideales de libertad e igualdad⁴⁵. Ni individualismo exacerbado, ni igualitarismo que de lugar a la uniformidad, la mediocridad y la anulación de diferencias. Ni individualismo que venda la igualdad a cambio de libertad total, ni igualitarismo que venda la libertad y la descarte. Como pensador liberal, la libertad es fundamental para Rawls. Sin embargo, los otros dos ideales ilustrados, igualdad y la fraternidad, esta última formulada en el segundo principio de justicia o principio de diferencia, están presentes en toda su obra.

B) Conexión entre derechos fundamentales y democracia: En este sentido, la teoría del maestro italiano concibe a la *democracia constitucional* bajo dos ópticas: procedimental y sustancial. La primera se refiere exclusivamente a la forma mediante la cual se tomarán las decisiones en el

⁴⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Ibid.*, pp. 329-338. LUCAS VERDÚ, P., *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, 1955.

⁴⁵ Cfr. RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Gedisa, 1996; RAWLS, John, “Justice as Fairness: Political, not Metaphysical” *Philosophy and Public Affairs*, 1990, 14, 1, pp. 223-251; RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1972 (ed. Cast. *Teoría de la Justicia*, trad. De M.d. Gonzalez, México, FCE, 1993).

Estado, es decir, sobre *el “quien”* esta autorizado a decidir y el *“como”* se va a decidir determinadas decisiones colectivas. La dimensión sustancial de democracia, nos habla sobre lo que es o no decidible en el marco del Estado Constitucional, o dicho en términos más simples, el respeto y la garantía de los derechos fundamentales. Posterior a la Segunda Guerra Mundial surge el paradigma constitucional, el cual tiene íntima relación con la democracia sustancial, ya que los derechos fundamentales y sociales son establecidos de manera rígida en las Constituciones y garantizados frente al Estado.

C) Conexión entre derechos fundamentales y paz. Esta implicación y valor surge de la filosofía jurídica contractualista de Thomas Hobbes⁴⁶, de quien Ferrajoli ha tomado diversos criterios para su propuesta iusfilosófica. Según Hobbes, el paso del *status naturalis* al *status civilis*, se consiguió a través del pacto social, mediante el cual se transfieren todos los derechos naturales al *Leviathan*. El objetivo prioritario del pacto social es alcanzar a toda costa los bienes jurídicos de seguridad y paz; pero a costa de una dejación absoluta de los derechos naturales del individuo al Estado. En este sentido, tenemos que aportar críticamente que la dialéctica entre libertad y seguridad o derechos y paz es saldada negativamente en Hobbes a favor de la paz.

D) El papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil: el profesor de la Universidad de Roma ya había establecido en su principal obra, una clasificación de los micro y macro poderes salvajes, tanto

⁴⁶ La fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, pero no el origen del Estado constitucional de Derecho. Cfr. HOBBS, Thomas (1940) *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto, FCE, México (original en inglés 1651); MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970; RUIZ MIGUEL, Alfonso: “La teoría política del optimismo obsesivo: C.B. Macpherson”, en SQUELLA, Agustín: *Filosofía del Derecho y Democracia en Iberoamérica*, Revista de Ciencias sociales, n° 34/35, Universidad de Valparaíso, Chile, pp. 186-214.

públicos como privados⁴⁷, creadores de desigualdades sustanciales dentro y fuera del Estado, los cuales pueden consistir en los fenómenos de la criminalidad, narcotráfico, corrupción, clientelismos, en este sentido, desde un plano axiológico, fundamenta este nexo “como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente como en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte políticamente, como en el Estado absoluto; de quien es más fuerte económica y socialmente, como en el mercado capitalista⁴⁸”.

Los anteriores nexos o conexiones deben estar íntimamente relacionados mediante una racionalidad instrumental de tipo weberiana que liga los medios con fines, de tal manera que: “la forma universal de los derechos fundamentales identificada por la definición teórica ferrajoliana es, según el autor, el medio o la técnica normativa racionalmente idónea, cuanto más extensas son las clases de sujetos a los que se refiere, para conseguir los fines o valores, a su vez no justificados, sino postulados, que su concreta estipulación positiva persigue⁴⁹”.

3. UBICACIÓN DEL GARANTISMO JURÍDICO EN EL MARCO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

En primer lugar, vamos a tratar de analizar los diversos principios sobre los que descansan la corriente amplia, heterogénea y diversa del neoconstitucionalismo expuesta por distintos juristas; en segundo lugar, repasaremos brevemente el tránsito del Estado moderno legislativo al Estado Constitucional; reiteramos, que no es nuestro propósito el estudio profundo sobre esta materia, sino solamente mostrar al lector cuales son las características más importantes de éstas interpretaciones, para así poder aportar con elementos adecuados un análisis crítico sobre el garantismo, a la luz de la teoría neoconstitucionalista actual.

⁴⁷ Cfr. FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón*, op. cit., pp. 936-940. También puede consultarse al respecto: FERRAJOLI, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, coordinador CARBONELL, Miguel, *Estrategias y propuestas para la reforma del estado*, III, UNAM, México, 2001.

⁴⁸ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 316.

⁴⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Ibid.*, p. 317.

El paradigma del derecho positivo moderno tiene su fundamento en las Revoluciones liberales inglesa, americana y francesa, que culminaron con el nacimiento del Estado moderno (*Estado legislativo*), que se basa en el monopolio de la elaboración de normas, un modelo positivista, estatalista y legicentrista sin lugar a dudas. De esta manera, el principio de legalidad quedó reafirmado en las Cartas Constitucionales de cada nación, donde el eterno conflicto entre el gobierno de hombres y leyes, quedó sintetizado en el imperio de las normas sobre los poderes del Estado. Dichos poderes deberían estar divididos y colaborar entre sí, para llevar a cabo la premisa de la libertad jurídica, política y social.

Para explicar la evolución del Estado constitucional contemporáneo seguiremos el recorrido de tres paradigmas epistemológicos e iusfilosóficos, propuestos por el autor de la teoría garantista: “el derecho premoderno de tipo jurisprudencial doctrinal correspondiente al antiguo régimen, el derecho positivo moderno de tipo legislativo perteneciente al Estado legislativo de derecho y el derecho positivo contemporáneo subordinado a Constituciones rígidas perteneciente al Estado constitucional de derecho”⁵⁰.

Este último paradigma del derecho positivo contemporáneo surge en la segunda posguerra donde las Constituciones van a representar “el intento por recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo”⁵¹. De esta manera, la Constitución deja de ser sólo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores fundamentales, “una norma directiva fundamental”⁵². Ejemplo de ello son las Cartas fundamentales, *Ley Fundamental de Bonn de 1949*, la *Constitución Española de 1978*, entre otras. El anterior proceso de evolución es definido por FERRAJOLI como:

⁵⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “La pragmática de la teoría del derecho” en *Epistemología jurídica, cit.*, p. 113.

⁵¹ Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 163; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993; TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Atomo ediciones, Madrid, 1988.

⁵² Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000, p. 133. Éste autor propone tres modelos de

“la sumisión del legislador a normas jurídicas positivas, como lo son los principios ético-políticos jurídicamente positivizados en las constituciones rígidas”⁵³. En dicho proceso, como lo señala el autor florentino, se tiene una preponderancia especial en la coherencia de los contenidos de los derechos fundamentales⁵⁴. Por lo cual se abandona el predominio de la forma de producción de las normas.

En este sentido, podemos resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional⁵⁵; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. Esta delimitación puede sernos útil para expresar la legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente neoconstitucionalista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía,

libertades de los derechos fundamentales: el estatalista en donde “se admite y se afirma que el estado nace de la voluntad de los individuos, pero tal voluntad no puede ser representada por el esquema negocial y de carácter privado del contrato entendido como composición de intereses individualmente distintos”. FIORAVANTI, *Ibid.*, p. 50, el modelo individualista que “admite y quiere, al comienzo de la experiencia colectiva, la sociedad de individuos políticamente activos, con su autónoma subjetividad distinta y precedente al estado, que impone respectivamente la presunción general de libertad y la presencia de un poder constituyente ya estructurado”. *Ibid.*, p. 43 y el modelo historicista, “consiste en la concesión de libertades por parte del estado, mediante el tránsito pacífico del estado medieval al estado moderno inglés del siglo XVII, prescindiendo de la presencia de un poder político soberano altamente concentrado, capaz de definir las esferas de las libertades individuales”. *Ibid.*, pp. 31-33.

⁵³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, No. 16, México, 2002, p. 8.

⁵⁴ Cfr. FERRAJOLI Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 18.

⁵⁵ Es oportuno precisar que “Estado constitucional de Derecho” y “Estado de Derecho” en sentido fuerte no son términos sinónimos, sino como bien ha señalado el profesor Luigi Ferrajoli, dos modelos normativos diferentes. Vid. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en CARBONELL, M.: *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003. También puede consultarse el artículo del profesor PERALTA, Ramón, “Sobre la naturaleza del Estado Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos* num 125, Julio-Septiembre 2004, p. 255.

garantía y defensa de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, sin embargo, el Estado Constitucional específica que es la Constitución ante todo y primariamente a lo que se somete el Estado. El Estado de derecho garantista que propone Ferrajoli pretende completar el déficit e insuficiencia garantista del Estado liberal de derecho.

En el marco del neoconstitucionalismo, diversos autores han expresado sus diferentes posiciones, afirmando que han surgido nuevos paradigmas en la ciencia jurídica, en especial, como las teorías de la argumentación y ponderación judicial, las cuales han resultado necesarias e imprescindibles en la labor judicial que diariamente realiza el juez constitucional, por un lado, para implementar una mayor justicia y, por otro lado, para hacer frente a la grave crisis del Derecho en la que se encuentra el paradigma del positivismo⁵⁶.

Sin duda, asistimos a una fuerte revolución de paradigma en el mundo jurídico, un nuevo modelo emerge tras los derroteros, ruinas y cenizas del neopositivismo, se trata del *neoconstitucionalismo* como nuevo paradigma que interpreta y entiende el Derecho ya no sólo por normas (*visión normativista*), sino como principios y valores (*visión axiológica*); específicamente, un nuevo modelo que entiende las Constituciones no sólo desde una lectura meramente formal y normativa, sino dotadas de un denso contenido sustancial fundado en valores y principios.

El nuevo paradigma fue abriéndose paso gracias a la teoría constitucional de Rudolf Smend, el fuerte auge del iusnaturalismo ontológico como el iusnaturalismo deontológico y crítico, la filosofía de los valores de Scheler y Hartmann y pensadores contemporáneos como Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli, Peter Häberle⁵⁷, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy⁵⁸, Ronald

⁵⁶ Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.

⁵⁷ Cfr. HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

⁵⁸ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*,

Dworkin, Luis Prieto Sanchís⁵⁹, Manuel Atienza⁶⁰, Ernesto Garzón Valdés, Santiago Carlos Nino, Ricardo Guastini⁶¹, Paolo Comanducci⁶², Antonio Enrique Perez Luño⁶³, Francisco Laporta.

Como ha expresado el profesor Gustavo ZAGREBELSKY⁶⁴, el Derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, con ello se

CEPC, Madrid, 2002; ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.

⁵⁹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1999; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

⁶⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, III, UNAM, México, 2003; ATIENZA Manuel y FERRAJOLI Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, III, UNAM, 2005; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁶¹ Cfr. GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.

⁶² Cfr. COMANDUCCI Paolo, "Formas de Neoconstitucionalismo, un análisis metateórico", en *Neoconstitucionalismo (s)*, Cord. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003.

⁶³ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

⁶⁴ Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, (trad., de M. Garcón), Trotta, Madrid, 1995. p. 65. El neoconstitucionalismo ha introducido un creciente y renovado interés por los estudios sobre Hermenéutica, Interpretación jurídica y constitucional, Derechos Fundamentales, una apertura que ha revitalizado los estudios de Filosofía jurídica y política; no obstante, matizando esta posición, tenemos que reconocer que en un gran sector de juristas existe todavía una desconfianza abierta y declarada hacia las especulaciones filosófico-jurídicas por considerarlas irrelevantes para la práctica jurídica. Sin duda, esta actitud responde a viejos paradigmas del pensamiento jurídico todavía vigentes, pero que comienzan a cambiar lentamente. *Vid.* AGUILERA PORTALES, Rafael, "Posibilidad, sentido y actualidad de la Filosofía del Derecho" en *Revista IUS ET PRAXIS*, Universidad de Talca, Chile, año 13, n° 2, 2007, pp. 169-193, p. 170; SERNA BERMÚDEZ, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.

amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del derecho. Por tanto, el derecho que era un conjunto de normas externas, heterónomas y coactivas, se va convirtiendo progresivamente en un conjunto normativo flexible, adaptable y móvil en el cual los principios de argumentación e interpretación, prioridad axiológica y deontológico van cobrando prioridad y primacía. La ley ha dejado de ser la única, suprema, y racional fuente del Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista. Como expresa el profesor Jaime Cárdenas: “El Estado de derecho ya no es el “*imperio de la ley*” sino el “*imperio del derecho*”, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores.”⁶⁵

El neopositivismo jurídico (Austin, Kelsen y su versión perfeccionada de Hart) concibieron el derecho como un *system of Rules* con un olvido sistemático de la importancia y relevancia de los principios en sentido estricto en la práctica jurídica, los principios son “*exigencias de justicia, equidad y otra dimensión de moralidad siempre presente*”. Ferrajoli todavía no ha despegado del todo de esta concepción del Derecho normativista donde priman las reglas sobre los principios.

Podemos agrupar las características generales de la corriente neoconstitucionalista en distintos puntos de coincidencia que los juristas han diseñado, entre estas se encuentran⁶⁶:

1. La existencia de más principios que reglas y primacía o valor superior de los primeros sobre las últimas.

⁶⁵ Cfr. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico” en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), México, Limusa, 2006, pp. 41-66.

⁶⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002. Véase FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa” en *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, TORRES ESTRADA, Pedro (comp.); cit., p. 126. La doctora sintetiza y recapitula las peculiaridades de esta corriente dentro de la obra

2. En la práctica judicial se da un procedimiento de ponderación antes que de subsunción.

3. La omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos relevantes.

4. El carácter extensivo de la actuación judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario, es decir, el principio de supremacía constitucional (*poder judicial*) sobre el principio de soberanía popular (*poder legislativo*).

5. Coexistencia de una constelación plural de valores que a veces entran en contradicción, dilemas y conflictos en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un conjunto de escasos principios coherentes entre sí.

Por parte de la Teoría garantista, el Constitucionalismo contemporáneo, calificado por Ferrajoli como rígido, tiene una relación estrecha con lo que ha llamado: “dimensión sustancial impuesta por los principios constitucionales y en particular, por los derechos fundamentales, que vinculan de igual modo al contenido de las leyes, condicionando la validez sustancial de éstas a su garantía⁶⁷”

4. REVISIÓN CRÍTICA DE LA PROPUESTA GARANTISTA FERRAJOLIANA

Resulta difícil y pretensioso, por nuestra parte, tratar de hacer una revisión exhaustiva y completa de la ingente, multidisciplinaria y prolífica obra del gran filósofo del derecho Luigi Ferrajoli por lo que vamos a tratar de pincelar un panorama amplio que responda críticamente tanto a sus aciertos como sus posibles fallas o lagunas de todo su pensamiento filosófico-jurídico. Antes que nada, debemos reconocer que no podemos eludir la preocupación positiva que Luigi Ferrajoli ha realizado en materia de derechos sociales con su propuesta garantista, junto con la renovación y revisión del actual modelo de

⁶⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo y Estado de derecho*, en *El garantismo y la filosofía del derecho*, cit., p. 134; Vid. PRIETO SANCHÍS, “Constitucionalismo y garantismo”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005; DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.

Estado. Ferrajoli pretende un giro o transformación crítica hacia el déficit del actual modelo de Estado de derecho. En este sentido, el Estado de derecho garantista se diferencia en que es un Estado social y no exclusivamente un Estado liberal. El Estado de derecho liberal se preocupa más de la limitación del poder y no se ha interesado en satisfacer las desigualdades económicas, culturales y sociales de la sociedad. La propuesta garantista ferrajoliana viene a completar esta insuficiencia o deficiencia histórica de este modelo estatal decimonónico.

Respecto a la teoría garantista de los derechos sociales, Ferrajoli sigue inscrito en la corriente que divide los derechos liberales en derechos de abstención por parte del Estado y los derechos sociales como derechos de acción por parte del Estado. Actualmente, esta teoría dualista ha sido refutada por la doctrina contemporánea, que concibe a los derechos liberales como los derechos sociales contienen un espectro de obligaciones que van desde las obligaciones de abstención o no hacer hasta las obligaciones de acción o de hacer por parte del Estado. En este sentido, el sistema garantista de Ferrajoli solamente otorgaría garantías jurídicas para los derechos de abstención; pero no para los derechos de acción positiva por ser estas expectativas de los Estados como normas programáticas.

Sin duda, existe una clara y estrecha interacción entre cambios jurídicos e institucionales y cambios filosóficos-culturales, es decir, a cada concepción de Estado, Derecho o Institución le corresponde una determinada concepción iusfilosófica concreta. Toda filosofía jurídica y política es un reflejo, a la vez, un factor constitutivo de las distintas prácticas y experiencias jurídicas. Un ejemplo claro de esto puede verse en el iusnaturalismo teológico de la época premoderna medieval o el iusnaturalismo contractualista que protagonizó el surgimiento del Estado moderno, así como posteriormente, el iuspositivismo respondía a un momento de codificación donde comenzó el modelo de Estado liberal de derecho o Estado legicentrista. Sin duda, nuestro momento histórico actual es distinto, estamos ante un nuevo paradigma emergente neoconstitucionalista que pretende cuestionar ambos modelos tradicionales: el iuspositivismo y el iusnaturalismo.

Respecto a su Teoría constitucional, disentimos de la fuerte visión vertical Constitucional que propone Luigi Ferrajoli, que concibe a la Constitución como metáfora de pacto social hobbesiano. Sin duda el precedente filosófico hobbesiano en el que se fundamenta Ferrajoli es un claro ejemplo de pacto o contrato de sumisión y alienación no de libertad. Un pacto social a través del cual los ciudadanos hacen una dejación o delegación de sus derechos y libertades fundamentales al Estado. Sin duda, Hobbes no es el mejor ejemplo para hablar de Estado Constitucional pues legitima el Estado absoluto. En este sentido, Hobbes es un claro representante del gobierno de los hombres y no de las leyes, cuando Ferrajoli afirma que busca el gobierno de leyes o principio de legalidad del Estado de derecho inspirándose en este autor comete un grave error. Por otro lado, no podemos eludir que la Constitución no es sólo norma, sino cultura e integración social y ciudadana, por lo cual debemos acudir a un amplio proceso constituyente que propicie y busque el máximo consenso posible entre todos los interlocutores y afectados, un pacto constitucional ampliamente legitimado por la sociedad civil a través del cual los ciudadanos se sientan partícipes y sujetos activos del proceso de construcción nacional.

En este sentido, encontramos puntos de discrepancia con el autor florentino, puesto que, el identificar la Constitución con la idea de contrato social, equivale, por una parte, a relegar el principio de autogobierno (principio de soberanía popular), y por otra parte, convierte las Constituciones en eternas, además de volverlas insaciables, ya que terminarían por devorar su propia fuente y fundamento⁶⁸.

La respuesta de Ferrajoli a estas críticas ha sido el interpretar desde su peculiar punto de vista, la idea de pacto constituyente, señalando que: “lo que en realidad cuenta en el plano teórico y justifica la *imagen* del pacto constituyente, no son sus contenidos contingentes normativos, sino su paradigma, en virtud del cual los titulares de los derechos constitucionalmente establecidos, (...) se les priva de la disponibilidad de los propios derechos

⁶⁸ Cfr. PINTORE, Ana, “Derechos insaciables”, en *Fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 243-250.

(...) la rigidez de las normas constitucionales con las que se establecen los derechos fundamentales los sustrae a la autonomía política ejercida mediante el voto y la elección de representantes (...)”⁶⁹.

En esta dirección, Ferrajoli se sitúa en oposición a una concepción organicista y metafísica del cuerpo social que presuponen un *demos*, una voluntad o consenso popular como fuente de legitimidad, además de fuente de efectividad. Ferrajoli adopta una concepción antiilustrada y, por tanto, anti-soberanía, y en consecuencia, desde nuestro punto de vista, antidemocrática. Las Constituciones, según Ferrajoli, deben ser entendidas hobbesianamente, como pactos de convivencia, necesarios para regular los conflictos, tensiones y problemas de las distintas subjetividades heterogéneas que componen una determinada sociedad. Las Constituciones son, en suma, para él meros pactos de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y los derechos fundamentales de todos, es decir, simples instrumentos jurídicos y normativos que pretenden regular y amortiguar posibles tensiones; pero que olvidan lo más importante y significativo: lograr implicar a los ciudadanos en un Estado Constitucional a través de una mayor legitimación social democrática.

Ferrajoli insiste en que las Constituciones no siempre ni necesariamente parten del presupuesto de una esfera pública o sociedad civil bien formada, es decir, o sea, una cohesión prepolítica y una comunidad de valores, intereses y tradiciones. Nos advierte que entre la sociedad civil y la Constitución existe en el plano fenomenológico, una interacción compleja a partir de la cual las primeras son más bien efecto que el presupuesto de la segunda. Con ello trata de combatir la idea dominante ilustrada de la Teoría constitucional que concibe las Constituciones como reflejo de una cierta homogeneidad social que presuponen un *demos*, voluntad popular o consenso popular como fuente de su efectividad, en este sentido, consideramos que su pensamiento jurídico incurre en un déficit de legitimación democrática.

El Estado, por tanto, está compuesto por ciudadanos, y la norma constitucional posibilita la integración efectiva y aglutinación de una comunidad

⁶⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., p. 349.

de ciudadanos a nivel interno. El problema, desde nuestro punto de vista, es encontrar la forma de alcanzar un constitucionalismo integrador no estratégico o instrumental que al final no concluya en mero nominalismo y normativismo vacío con la consiguiente separación drástica entre Constitución formal y Constitución material.

En este sentido, el profesor Peter Häberle profundiza y conecta la idea de un Estado constitucional en el concepto de soberanía popular y democrática, a la manera de Rousseau, cuando critica las deficiencias del sistema representativo: “el pueblo no es precisamente una majestad unitaria que emana sólo el día de la elecciones. El pueblo como majestad pluralista no es menos presente y legitimador para las interpretaciones del proceso constitucional.”⁷⁰. Sin lugar a dudas como expresa acertadamente el profesor alemán, la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, corresponde a un tipo evolucionado de sociedad, a la vez, altamente informada e integrada o al menos, medianamente culta, ilustrada y cívica. Häberle se pregunta: “*Todo poder viene del pueblo*”, ¿pero, a dónde va? La democracia es consecuencia organizativa de la dignidad del hombre, no es más, pero tampoco es menos. Así mismo, el profesor Häberle, subraya la importancia de la dimensión cultural de la Constitución que impide fluctuaciones arbitrarias de la norma, hace predecible y controlable el funcionamiento de las instituciones, reduce la tensión entre gobernantes y gobernados y, finalmente refuerza el Estado de

⁷⁰ Cfr. HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. (prologo de Antonio López Pina), Trotta, Madrid, 1998, 2001; ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994; NÚÑEZ TORRES, Michael, “Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado” en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, pp. 135-169, p.149. El profesor Michael Núñez realiza en este trabajo una interpretación y lectura interesante sobre concepto de Constitución mixta aristotélica y neotomista como un aporte cercano al Neoconstitucionalismo y la construcción del nuevo Estado Constitucional.

derecho mediante un sistema espontáneo, general y duradero de adhesión a la norma.

Uno de los debates más enriquecedores que ha tenido Ferrajoli sobre la concepción de democracia es el sostenido con Michelangelo Bovero. El filósofo político italiano coincide con Ferrajoli acerca de la fórmula de “*democracia constitucional*”, la diferencia es que Bovero restringe su significado a la designación de la fórmula histórica de la democracia política, la cual está instituida y, al mismo tiempo, limitada por una Constitución rígida⁷¹.

Así mismo, este filósofo político argumenta que los derechos de libertad y derechos sociales que forman parte de la dimensión sustancial, deben ser considerados precondiciones de la misma democracia⁷². Un problema que ha sido definido, según Bovero, como de gramática del concepto⁷³. La fórmula establecida por el politólogo italiano para resolver la cuestión es distinta, ya que él establece que: “hay democracia cuando todos aquellos a los que están dirigidas las decisiones colectivas tienen igual derecho-poder de participar, directa o indirectamente, en la formulación de esas decisiones”⁷⁴. Ferrajoli ha respondido a esta crítica, afirmando que las normas constitucionales no predeterminan el contenido de las leyes o de los actos de gobierno, sino que, sencillamente, condicionan su validez, precluyendo las decisiones que sean contrarias a las mismas⁷⁵.

En este mismo sentido, la crítica más aguda y corrosiva, desde el aspecto de la filosofía política y jurídica, a las tesis Ferrajolianas, ha sido la posición de Ana Pintore. Primeramente, al acusar al maestro italiano de “convertir a los derechos en un instrumento insaciable, devorador de la democracia, del espacio

⁷¹ Cfr. BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía* No. 16, Abril 2002, México, p. 31.

⁷² Cfr. BOVERO, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en Ferrajoli en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 242.

⁷³ En ese sentido se encuentra la obra del Michelangelo Bovero denominada: *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002.

⁷⁴ Cfr. BOVERO, Michelangelo, *Derechos fundamentales y democracia*, cit., p. 239.

⁷⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos*, cit., p. 326.

político y (...) de la autonomía moral de la cual los hacemos derivar⁷⁶". En cuanto al concepto de democracia sustancial, lo acusa de otorgar una solución semántica a un problema normativo⁷⁷.

A la anterior crítica, se suma la acusación de fagocitar la democracia procedimental y la discusión pública, de reducir la posibilidad de elección entre proyectos alternativos de sociedad y deliberación por el sistema de mayoría⁷⁸. Mas aún, hay quienes creen que: "el pacto que funda la democracia constitucional implica la renuncia al derecho de decidir autónomamente lo que queremos hacer con nuestros derechos fundamentales (...) implica, en cierto modo, renunciar a la democracia para abrazarnos al mástil del constitucionalismo⁷⁹".

Ferrajoli contesta a la crítica de la "*insaciabilidad de los derechos*" afirmada por Pintore, manifestando que, dentro de su teoría, los derechos siempre son impuestos como una obligación encomendada a la política así como la garantía de su efectividad. Así que no puede afirmarse, como lo establece Pintore, que la autoridad, las formas y los procedimientos, propios de la democracia formal y del sistema político son superfluos o aplastados por los mismos derechos dentro de la estructura garantista, propuesta por el maestro florentino⁸⁰.

Desde nuestra perspectiva, la acusación de insaciabilidad de los derechos y la de fagocitar la democracia no está debidamente fundamentada; pues, desde la sociología jurídica, podríamos afirmar como atinadamente plasma

⁷⁶ Cfr. PINTORE, Ana, *Derechos insaciables*, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 243.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 250.

⁷⁸ Cfr. VITALE, Ermanno, "¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, cit, p. 71.

⁷⁹ Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro, "Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas", en CARBONELL, Miguel y otros, (comp.), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005. p. 442.

⁸⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 329.

Andrea Greppi: “la constitucionalización del contenido sustancial de democracia sirve como baluarte defensivo contra el desmantelamiento del Estado Social en una época en la que la opinión dominante busca hacerse de los ideales igualitarios, abdicando frente a la lógica de un mercado que tiende a volverse autónomo respecto de la ética y la política, desembarazándose de cualquier clase de límite normativo⁸¹”.

Nuestra postura es clara, en el sentido de justificar los argumentos expuestos por Luigi Ferrajoli cuando dota de una naturaleza sustancial a la democracia. Aspiramos a realizar un Estado Social y Democrático de Derecho, y ésta fórmula de pleno Estado Constitucional, responde a una evolución de la sociedad, en donde la justicia social sea un valor inherente al mismo; o como diría Ferrajoli, esos derechos no amanecieron plasmados en las Constituciones ni cayeron del cielo, son producto de de luchas, conquistas y movimientos que lograron destruir paradigmas jurídicos, sociales y/o políticos, tal como ocurrió con las tres grandes revoluciones liberales, movimientos de derechos de minorías como movimientos feministas, antirracistas, etc. ¿O, sería conveniente dejar al arbitrio de una mayoría, de una ciudadanía inactiva, irreflexiva y pasiva, los derechos conquistados, o incluso peor, retroceder en los logros constitucionalmente alcanzados?

Ferrajoli ha vislumbrado el paradigma de la democracia constitucional y ha propuesto su ampliación hacia tres directrices:

- 1) Garantizar todos los derechos (Derechos de libertad y sociales, derechos de tercera y cuarta generación);
- 2) En oposición a todos los poderes públicos y privados (los del mercado);
- 3) En todos los niveles estatal e internacional, se debe transitar de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona⁸².

⁸¹ Cfr. GREPPI, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en CARBONELL, Miguel y otros (comp.), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 346.

⁸² Cfr. FERRAJOLI, *Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*, cit., p. 277.

Respecto al primer paradigma embrionario, podemos dejar en claro lo establecido por Mario Jori quien ha elaborado un análisis al respecto, señalando que sería imposible la distribución de recursos necesarios para otorgar esas garantías materiales de todos los derechos mediante la apertura de la ciudadanía a cualquiera que lo solicitara, convirtiendo este paradigma en lo que el denomina: “imperialismo de los derechos” a lo largo de toda la tierra⁸³.

Ello sin dejar de mencionar la propuesta de Ferrajoli sobre el establecimiento de cuota mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos sociales. Viene la pregunta del maestro Pablo de Lora “¿Podría por esa vía el juez constitucional decidir también la política impositiva?, ¿Qué queda entonces al gobierno y legislador?”⁸⁴ Existe aún en nuestras sociedades un peligro al denominado: gobierno de jueces. Y es lógica tal preocupación, en el contexto de este nuevo constitucionalismo, donde el juez se convierte en el principal actor de las decisiones y el eje principal para la estabilidad del Estado de Derecho.

En lo que respecta a la ampliación del paradigma embrionario del constitucionalismo de derecho privado propuesto por Ferrajoli, existe desde hace décadas en la jurisprudencia alemana la teoría los efectos jurídicos de los derechos fundamentales frente a terceros (*dritwirkung der grundrechte*⁸⁵);

⁸³ Cfr. JORI, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 132 y 137.

⁸⁴ Cfr. LORA, Pablo de, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico...*, cit., p. 259.

⁸⁵ Vid. JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, 2000. BUCHER, Eugen, “Drittwirkung der Grundrechte?” Überlegungen zu “Streikrecht” und “Drittwirkung” i. S. von BGE 111 II 245-259, *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)*, Bd. 83, Schweiz, 1987. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, en *Cuadernos Constitucionales, México-Centroamérica*, Núm. 27, UNAM, III, México, 1998. Vid. Fallo Lüth de la Sentencia de la Sala Primera de 15 de enero de 1958, en Alemania, BvF 7,198. SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (traducción de Marcela Anzola Gil), Konrad-Adenauer-Stiftung, ed. Gustavo Ibáñez, Colombia, 2003, pp. 132 y ss.

de esta manera, podemos decir que esa clase de constitucionalismo propuesta por Ferrajoli, pudiera de alguna manera ser factible gracias a la labor del jurista que utiliza las teorías de interpretación y argumentación judicial al momento de dictar sus fallos.

El tercer punto ha sido ampliamente respondido por sus críticos en el sentido de señalar que: “una estructura de poder global estaría, en la actualidad, inevitablemente destinada a reprimir las diferencias culturales del planeta, a penalizar a los sujetos más débiles y a reducir drásticamente la complejidad de las estructuras políticas intermedias (...) provocaría, muy probablemente, reacciones más intensas del terrorismo internacional contra los países industriales, cuya hegemonía actuaría, inevitablemente, de soporte técnico militar de la nueva *Cosmópolis*⁸⁶”.

Identificaremos los rasgos de la Teoría garantista Ferrajoliana, en relación con el paradigma neoconstitucionalista, siguiendo al maestro Alfonso García Figueroa⁸⁷:

A) Pragmatismo: esto requiere de una vinculación de la Teoría del derecho y la dogmática constitucional. Se pretende establecer una teoría del derecho particular. Rasgo propio del modelo de Ferrajoli, en el caso de su garantismo basado en el Derecho penal.

B) Eclecticismo metodológico: este nuevo paradigma relativiza distinciones importantes de la tradición analítica y explora una vía entre la orientación analítica y la hermenéutica, el cual comparte con reservas Ferrajoli. Estas ideas fueron analizadas en la primera parte del presente estudio.

⁸⁶ Cfr. ZOLO, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en: *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, cit., p. 100. Respecto al mismo tema puede leerse también: ZOLO, Danilo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2005.

⁸⁷ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del derecho de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico...*, cit., pp. 281-283.

- *Principialismo jurídico*: ausente en la teoría de Ferrajoli. La teoría garantista de Ferrajoli, como diría el Catedrático Prieto Sanchís, no invita al juez garantista a ponderar pesos y proporcionalidades relativas, ni a realizar juicios consecuencialistas; lo invitan simplemente a subsumir⁸⁸. De igual manera, no hallamos en la teoría garantista ninguna renovación de la antigua forma de positivismo decimonónico, ya que hay aspectos en los que se aleja totalmente de la corriente neoconstitucionalista, verbigracia, la tesis básica del positivismo conceptual, donde Ferrajoli no reconoce en lo más mínimo un aporte del neiusnaturalismo constitucionalista, ni del positivismo incluyente o incorporaciónismo⁸⁹. De esta manera podemos observar como rasgo definitivo de su teoría la rígida y antigua separación entre derecho y moral. Igualmente, podemos recalcar la ausencia de técnicas de argumentación, ante la imposición rígida de principios constitucionales, donde el juez no es el principal actor en el Estado Constitucional a diferencia del constitucionalismo contemporáneo. De esta manera, como diría Bernardo Bolaños, “*Cuando un sistema normativo [...] acepta la ponderación, no tenemos que hablar de la <ley del más fuerte>, ni de la <ley del más débil>, sino, como los griegos, de la proporcionalidad*”⁹⁰.

C) Estatalismo: se manifiesta en cierta actitud de confianza en las posibilidades del Estado y Derecho como Instrumentos de paz y de justicia social. Coincidimos con la postura en el sentido de que: “La teoría de Ferrajoli en su conjunto parece expresar una gran contradicción preformativa: por un lado parece haber perdido toda esperanza en redimir al derecho y al Estado de su intrínseca inmoralidad, pero, por otro, los propósitos transformadores de

⁸⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, “Constitucionalismo y garantismo”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico*, cit., p. 53.

⁸⁹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ibid.*, pp. 53-54.

⁹⁰ Cfr. BOLAÑOS, Bernardo, La estructura de las expectativas jurídicas, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico*, cit., p. 313.

su modelo no se pueden comprender sin el presupuesto de una mínima confianza en las propias posibilidades morales del Estado y del derecho”

Sin duda alguna, la teoría de Ferrajoli presenta una clara disposición en favor del paradigma neoconstitucionalista, pero se aferra a los postulados fundamentales del positivismo jurídico. En este sentido, consideramos que Ferrajoli no ha superado a su padre Kelseniano, tal vez no se ha atrevido a matarlo definitivamente, por lo que sigue circunscrito en un normativismo (crítico no rígido o dogmático) que intenta dar cuenta de la enorme complejidad del derecho actual.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Universalidad de los derechos humanos y crítica a las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty”, *Revista Universitas (Revista Filosofía, Derecho y política)*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, vol, V, 2006, pp. 47-75.
- “El debate iusfilosófico contemporáneo en torno a la ciudadanía entre comunitaristas y liberales” en *Anuario de Derecho Universidad de Alcalá de Henares*, Universidad Alcalá de Henares, Madrid, año 2006, pp. 6-44.
- “Multiculturalismo, derechos humanos y ciudadanía cosmopolita” en *Revista LETRAS JURÍDICAS*, Universidad de Guadalajara, México, nº 3, Otoño, 2006, pp. 1-29, p. 17.
- “Fundamento, naturaleza y garantías jurídicas de los derechos sociales ante la crisis del Estado social” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, nº 10, año 2006, pp.1-29.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEPC, Madrid, 1997.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.
- *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- ARENDT, H., *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1973.
- BAUMAN, Zygmunt, *Europa. Una aventura inacabada* (trad. J. Etoarena), Madrid, Losada, 2006.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, III, UNAM, México, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, 2003.
- *El Positivismo Jurídico*, Debate, Madrid, España, 1998.

- *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, España, 1998.
- BOLAÑOS, Bernardo, La estructura de las expectativas jurídicas, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía* No. 16, Abril 2002, México.
- *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002.
- BRAGE CAMACHO, Joaquín, Estudio preliminar a HÄBERLE, Peter, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado Constitucional*, México, 2006, UNAM
- COMANDUCCI Paolo, “Formas de Neoconstitucionalismo, un análisis metateórico”, En: *Neoconstitucionalismo (s)*, Coordinador: Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003, pp. 83-87.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La Constitución inédita (Estudios ante la constitucionalización de Europa)*, Madrid, Trotta, 2004.
- DE LORA, Pablo, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- DE VEGA, Pedro: “Constitución y Democracia” en *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, Madrid, 1983.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1999.
- ECO, U. (1982): *Apocalittici e integrati*, Bompiani, Milán, 3º ed. (Trad. Cast.: Apocalípticos e integrados, trad. de Andrés Boglear, Lumen, Barcelona, 1999.)
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- FERRANDO BADÍA, J., *EL Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, 1978.
- FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005.
- *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, México, 2004.
- *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.
- *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998.
- *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, No. 15, Julio-Diciembre 2006, IJJ, UNAM, México, pp. 113-136.
- FIORAVANTI Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000,

- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del derecho de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- GREPPI, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en CARBONELL, Miguel y otros (comp.), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *El Estado unitario-federal*, Madrid, 1985.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.
- HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.
- *El Estado Constitucional*, IJ, UNAM, 2001.
- *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado Constitucional*, México, UNAM, 2000.
- *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. (prologo de Antonio López Pina), Trotta, Madrid, 1998.
- HABERMAS, J., *El discurso de la modernidad*. Taurus, Madrid, 1983.
- HABERMAS, J., *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1989.
- HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Taurus, Madrid, 1992.
- HABERMAS, J., *La constelación postnacional*, (trad. Cast. Pere Fabra Abat, prólogo Camps, V.), Paidós, Barcelona, 2000.
- HABERMAS, J., “¿Necesita Europa una Constitución?” en *La inclusión del otro (Estudios de teoría política)*, Barcelona, Paidós, 1999.
- KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, (trad. Cast.) Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, trad. Cast. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, 1994, (2ª ed.).
- KANT, I., *La paz perpetua*, (Introducción A. Truyol y Serra y trad. Joaquín Abellán), Madrid, Tecnos, 1985.
- KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1985.
- LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho político*, Madrid, 1974, vol II.
- MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970.
- MANGAS MARTÍN, Araceli, *La Constitución Europea*, Madrid, Iustel, 2005.

- MARSCHALL, Th. H. *Citizenship and Social Class*, 1950, (trad. cast. Marschall, Th. H. y Bottomore), T. *Ciudadanía y Clase social*, (trad. Pepa Linares), Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- MONTESQUIEU, *De L'Esprit Des Lois*, (trad de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, prólogo de Tierno Galván *Del Espiritu de las Leyes*, Madrid, Tecnos, 1972.
- NÚÑEZ TORRES, Michael, “Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado” en TORRES ESTRADA, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, pp. 135-169.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid. 1999.
- PECES-BARBA, G.(ed.): *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001.
- PINTORE, Ana, “Derechos insaciables”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2005.
- PRADO MAILLARD, José Luis, *Hacia un nuevo Constitucionalismo*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, “Constitucionalismo y garantismo”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- “Derechos fundamentales”, en *El derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996.
- *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
- *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1999.
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002.
- “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, en *Diccionario de Derecho Constitucional*, Coordinador: Miguel Carbonell, Porrúa, IJ, México, 2002.
- “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, En: *Neoconstitucionalismo (s)*, Coordinador Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003.
- *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002
- PEÑA, Javier: “La formación histórica de la idea moderna de ciudadanía” en QUESADA, F., *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy* U.N.E.D, Madrid, 2002.
- PÉREZ LUÑO, E. *Derechos humanos. Estado de derecho. Constitución*, Tecnos, Madrid 1999, (6º ed.).
- PÉREZ LUÑO, A. E., “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, en *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, (dir. Peces-Barba Martínez, G. Fernández García, E., y De asís Roig, R.,) Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III), 2001.
- PRÉLOT, M., *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, París, 1972.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002.
- RUBIO CARRACEDO, J. (1990): "Paradigmas de la obligación política", en *Sistema*, nº 85, pp. 89-106. Recogido en su libro (1990): *Paradigmas de la política. Del Estado justo al estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick)*. Barcelona, Anthropos.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, "Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas", en CARBONELL, Miguel y otros (comp.), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971.
- *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.
- SCHUMPETER, J. A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper, Nueva York, 1942, p. 269 (Trad. cast.: *Capitalismo, socialismo y democracia*, Orbis, Barcelona, 1988).
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.
- SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1985, (trad. José María Beneyto Pérez).
- TAYLOR, Charles, *Ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1998.
- THIBAUT, C., *Los límites de la comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- TOQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Aguilar, 2 vols. 1989;
- TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Átomo ediciones, Madrid, 1988.
- TORRES ESTRADA, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006.
- STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, Orbis, Madrid, 1980.
- VALADÉS, Diego, Estudio introductorio HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Herrero de Miñón, Miguel, *El valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona, 2003.
- VITALE, Ermanno, "¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2005.
- ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, México, Editorial Lago, 2007.

ZOLO, Danilo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales.

A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli", en: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2005, p. 100.

ZOLO, Danilo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2005.

EL CONFLICTO DE LAS PAPELERAS SOBRE EL RÍO URUGUAY

Dra. María Mercedes Albornoz*

La República Argentina (Argentina) y la República Oriental del Uruguay (Uruguay) están separadas por el Río Uruguay y por el Río de la Plata, en el cual desemboca el primero, cuya fuente se encuentra en Brasil. El ecosistema del Río Uruguay cuenta con una gran variedad de flora y fauna autóctonas y es uno de los atractivos turísticos más importantes de la región. Sus aguas se utilizan para consumo, pesca y recreo.

Recientemente, un par de empresas extranjeras manifestaron su interés en instalarse en territorio uruguayo para producir pulpa de celulosa (materia prima para la obtención de papel), lo que implicaba la construcción de sendas plantas para procesar madera. Una de las empresas, la sociedad española ENCE, cuyo proyecto se denomina “Celulosa de M’Bopicuá” (CMB), deseaba montar su planta en los alrededores de la ciudad de Fray Bentos, en el oeste del territorio uruguayo, sobre la margen izquierda del Río Uruguay. La otra, la empresa finlandesa Oy Metsä-Botnia (Botnia), quería construir una segunda papelería en la misma zona, a menos de 7 km de distancia CMB, con el nombre de “Orion”.

Dado que el Gobierno uruguayo autorizó la construcción de ambas plantas industriales, y considerando los altos niveles de contaminación que la operación

* La autora es Doctora en Derecho de la Université Panthéon-Assas (Paris II), donde también obtuvo un DEA en Derecho Internacional. Asimismo, es Abogada egresada de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Actualmente es profesora investigadora de la Universidad Anáhuac México Sur.

de las mismas es susceptible de generar, el Gobierno argentino y la población de la zona de Gualeguaychú (ciudad entrerriana ubicada frente a Fray Bentos) se opusieron a la implementación de ambos proyectos.

El conflicto de las papeleras, que al día de hoy continúa irresuelto, importa una crisis de singular importancia en el seno del Mercosur, entre dos de sus cuatro miembros originarios¹. Está en juego la manera en la que la región ha de tratar a los inversionistas extranjeros que han empezado a mirar con buenos ojos las grandes extensiones de tierra del sur del continente, como posibles emplazamientos para industrias contaminantes que los países de mayor desarrollo económico no desean tener fronteras adentro.

En el presente artículo, previa referencia al marco normativo (I), sintetizaremos los hechos que provocaron este conflicto entre los dos países rioplatenses (II) e identificaremos los argumentos de cada una de las partes (III), para luego ver a qué mecanismos de solución de controversias internacionales se ha echado mano en este caso (IV).

I. MARCO NORMATIVO

En el derecho interno uruguayo existe un régimen específico de evaluación del impacto ambiental de ciertas obras. Se trata de la **Ley N° 16.416** del 19 de enero de 1994, que sujeta la ejecución de las mismas a la autorización previa del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA).

En el plano normativo internacional, el 21 de marzo de 2002 se firmó un **Acuerdo entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República de Finlandia relativo a la Promoción y Protección de Inversiones**². Este acuerdo es el principal instrumento que se invoca para proteger los intereses de la pastera finlandesa.

¹ El Mercosur fue instituido mediante el Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, firmado por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. La República Bolivariana de Venezuela se adhirió el 4 de julio de 2006.

² Disponible en: <<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/acuerdos/acue17759.htm>>.

En cuanto a Uruguay y Argentina, están mutuamente obligados por dos tratados que podrían resultar aplicables en esta controversia. La parte baja del Río Uruguay divide los territorios de Argentina y Uruguay, es decir, constituye la frontera entre ambos países. Esto fue establecido en el **Tratado de Límites del Río Uruguay** del 7 de abril de 1961, en vigor desde el 19 de febrero de 1966.

Dicho tratado dispone en su art. 7 que *“las Altas Partes contratantes elaborarán de común acuerdo un código de utilización del río”*. En cumplimiento de tal compromiso, Argentina y Uruguay adoptaron el 26 de febrero de 1975 el **Estatuto del Río Uruguay** (Estatuto), que entró en vigor el 18 de septiembre de 1976, *“con el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las Partes”* (art. 1).

El Estatuto regula actividades como la navegación y las obras, la salvaguardia de la vida humana, el aprovechamiento de las aguas, la exploración, explotación, conservación y utilización de otros recursos naturales, la contaminación, la investigación, ejercicio del derecho de policía y otros actos de jurisdicción. Su Capítulo X contiene obligaciones relativas a la prevención de la contaminación y a la responsabilidad por daños inferidos como consecuencia de la contaminación. En el Capítulo XII se crea una Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU), compuesta por un número igual de delegados de cada una de las Partes, cuyas funciones son de corte reglamentario y de coordinación, además de cumplir otras funciones asignadas por el Estatuto, sumadas a las que las Partes convengan otorgarle.

El Estatuto impone ciertas obligaciones a la Parte que proyecte realizar *“...obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas...”* (art. 7). Dicha Parte deberá informar a la CARU, organismo que determinará si el proyecto puede causar un perjuicio sensible a la otra Parte. En caso afirmativo, la Parte que presentó el proyecto deberá notificarlo a la otra a través de la CARU a fin de que la contraparte se

pronuncie sobre el mismo dentro de un plazo de ciento ochenta días (cfr. arts. 7 y 8). Según el art. 9: “*Si la Parte notificada no opusiere objeciones o no contestare dentro del plazo establecido en el artículo 8, la otra Parte podrá realizar o autorizar la realización de la obra proyectada*”. Si la parte notificada considerase que podría producirse un perjuicio, deberá comunicarlo a la otra Parte por intermedio de la CARU (cfr. art. 11). Finalmente, el art. 12 prevé el caso en que, transcurridos ciento ochenta días desde la comunicación del posible perjuicio sensible a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de las aguas, las Partes no llegaran a un acuerdo. En tal hipótesis, cualquiera de las dos podrá someter el diferendo a la Corte Internacional de Justicia de La Haya (CIJ).

II. HECHOS

Distinguiremos los hechos vinculados a la empresa española ENCE (a), de los atinentes a la empresa finlandesa Botnia (b), y de las acciones de resistencia emprendidas por grupos de ciudadanos argentinos (c).

II. a. ENCE

El 17 de julio de 2002 ENCE comunicó al Gobierno uruguayo su proyecto de instalar una planta de celulosa 12 kilómetros al este de la ciudad de Fray Bentos. La inversión prevista asciende a la suma de 500 millones de dólares estadounidenses y se prevé que la planta CMB fabricará aproximadamente 500.000 toneladas de pasta base de celulosa al año³, estimándose que en dos años se llegaría a 1.000.000 de toneladas.

La tecnología a utilizar para separar la celulosa de la lignina de la madera es conocida como “tecnología ECF” e implica la utilización de dióxido de cloro.

³ “Informe sobre la instalación de dos plantas de celulosa en el Río Uruguay”, 23 de febrero de 2006. Disponible en: <http://www.mrree.gub.uy/mrree/Asuntos_Politicos/Planta%20Celu/informe.htm>.

La Dirección Nacional de Medio Ambiente (DINAMA), organismo dependiente del MVOTMA de Uruguay, estudió el proyecto, solicitó información complementaria y el 20 de mayo de 2003 aceptó el informe ambiental presentado por la empresa española.

El Gobierno de Uruguay estaba al tanto de la preocupación del Gobierno argentino a propósito del impacto ambiental de la planta proyectada. El 9 de octubre de ese año hubo un encuentro entre el entonces Presidente uruguayo, Jorge Battle, y el Presidente argentino, Néstor Kirchner, en el transcurso del cual el primero prometió al segundo no conceder la autorización de construcción a ENCE sin satisfacer previamente las inquietudes argentinas. Ese mismo día, sin embargo, el Gobierno uruguayo, a través del MVOTMA, otorgó a ENCE la Autorización Ambiental Previa, indispensable para iniciar los trabajos.

Más adelante, como resultado de negociaciones entre el Gobierno argentino y la empresa española, esta última anunció⁴ el 13 de diciembre de 2006, que **relocalizaría** su futura planta, mudándola desde Fray Bentos hasta Punta Pereyra, en el departamento de Colonia, a la altura del Delta del Paraná, donde comienza el Río de la Plata, 250 kilómetros al sudoeste del emplazamiento original. Según se ha proyectado, la planta CMB entraría en operaciones en el año 2009. La relocalización de ENCE puede ser vista como un triunfo parcial del Gobierno argentino.

II. b. Botnia

El 30 de octubre de 2003 Botnia comunicó al Gobierno de Uruguay su intención de instalar una planta papelera 4 kilómetros al este de la ciudad de Fray Bentos. A la fábrica se sumaría una terminal portuaria con el beneficio de ser explotada bajo el régimen de zona franca. La planta Orion tendría una producción aproximada de 1.000.000 de toneladas de pulpa de celulosa al

⁴ ABIAD, Pablo, "Anuncian el traslado de la planta de ENCE con aval de la Argentina", *Clarín.com*, 13 de diciembre de 2006. Disponible en: <<http://www.clarin.com>>.

año, con una inversión total prevista de 1.000 millones de dólares estadounidenses⁵.

Si se cumple con el plan previsto, Orion será una de las plantas papeleras más importantes del mundo. Para apreciar mejor la magnitud de la producción de las dos nuevas plantas que funcionarán en el Uruguay, podemos compararla con la producción argentina en este mismo rubro. En Argentina hay diez plantas de celulosa. Según Juan Carlos Villalonga, Director de Greenpeace Argentina, la producción anual de esas diez plantas juntas es apenas la mitad de lo que producirán CMB y Orion⁶.

En cuanto a la tecnología que Orion empleará en el proceso de producción, ésta será, al igual que en el caso de CMB, la tecnología ECF.

Luego de que la DINAMA analizó el proyecto, solicitó información complementaria y el 2 de diciembre de 2004 aceptó el informe ambiental presentado por la empresa finlandesa. Con fecha 14 de febrero de 2005 el MVOTMA otorgó la Autorización Ambiental Previa a Botnia para su proyecto de planta de producción de pasta de celulosa blanqueada, terminal portuaria y zona franca. Dicha autorización habría sido concedida sin informar previamente ni a la CARU ni al Gobierno argentino.

Después del cambio de Gobierno en Uruguay de marzo de 2005, y en un esfuerzo por encontrar soluciones a un conflicto agravado por la autorización otorgada a la segunda fábrica, se convino el 31 de mayo de 2005 la constitución del Grupo Técnico de Alto Nivel (GTAN). Éste ha celebrado doce sesiones entre el 3 de agosto de 2005 y el 30 de enero de 2006, sin llegar a ningún acuerdo.

Botnia ha logrado contar con el respaldo de la Corporación Financiera Internacional (CFI), que aprobó el 21 de noviembre de 2006 una inversión de 170 millones de dólares estadounidenses para el proyecto Orion. La entidad decidió apoyarlo habiendo concluido que “generará beneficios económicos significativos para Uruguay y que no causará ningún daño ambiental”⁷.

⁵ “Informe sobre la instalación de dos plantas de celulosa en el Río Uruguay”, *loc. cit.*

⁶ VALES, Laura, “Toda planta papelera contamina”, *Página/12*, 29 de enero de 2006. Disponible en: <<http://pagina12.com.ar>>.

⁷ “Banco Mundial aprueba Planta de Celulosa en Uruguay”, *Noticias de hoy en la ONU*, 22 de noviembre de 2006. Disponible en: <<http://www.un.org/spanish/news>>.

En la segunda mitad del año 2005 comenzaron los trabajos de construcción y equipamiento de la planta de Botnia, que hoy por hoy prácticamente han finalizado.

Lamentablemente, durante los trabajos en Orion, el 14 de agosto de 2007 ocurrió un accidente que tuvo mucho eco en la prensa. Al menos treinta operarios se vieron afectados por una nube tóxica que se generó cuando el viento esparció el sulfato de sodio con el que unos tanques estaban siendo llenados. Nueve de los obreros fueron hospitalizados por intoxicación y presentaban irritación en la piel y en las vías respiratorias⁸.

A pesar de ese incidente, quince días después, y con la participación del Presidente uruguayo Tabaré Vázquez, fue inaugurada la terminal portuaria que la sociedad Ontur (cuyo socio mayoritario es Botnia) construyó en Nueva Palmira, Colonia. Dicha terminal se ubica en la última zona del río con una profundidad suficiente como para que naveguen buques de ultramar, y será utilizada para que la pastera exporte su producción a Europa y Asia⁹. Aunque el acto tuvo lugar en el puerto, 80 kilómetros aguas abajo de la planta Orion, todos "...sabían que simbolizaba la puesta en marcha de todo el proyecto pastero, ya que la planta de Fray Bentos comenzará a funcionar sin viso previo ni ningún tipo de ceremonia"¹⁰.

La fábrica ya se encuentra en condiciones técnicas de comenzar a operar, quedando pendiente únicamente el proceso de puesta en marcha, que habrá de iniciarse cuando las autoridades uruguayas otorguen un permiso para tal fin¹¹. Cabe destacar que el 3 de octubre de 2007, el titular del MVOTMA declaró

⁸ VALES, Laura, "Una nube tóxica en Botnia mandó al hospital a nueve operarios", *Página/12*, 15 de agosto de 2007. Disponible en: <<http://pagina12.com.ar>>.

⁹ VALES, Laura, "En Botnia se preparan para el gran debut", *Página/12*, 30 de agosto de 2007. Disponible en: <<http://pagina12.com.ar>>.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ "Botnia aclaró que tiene todo listo para arrancar, salvo la autorización el gobierno uruguayo", *Clarín.com*, 1º de octubre de 2007. Disponible en: <<http://www.clarin.com>>.

que “en menos de un mes” se podría expedir el permiso definitivo¹², por lo que la puesta en marcha de la planta sería inminente.

II. c. Resistencia

Desde que la opinión pública argentina tomó conocimiento de ambos proyectos, organizaciones ambientalistas y, particularmente, pobladores de la ciudad de Gualeguaychú y zonas aledañas, manifestaron su oposición a la construcción de las dos plantas que –aducen– generarán una contaminación ambiental de gigantesca magnitud.

Más allá de las declaraciones formuladas a la prensa local e internacional, los vecinos de esta región de la Provincia de Entre Ríos han emprendido diversas acciones tendientes a hacer oír su voz. Desde manifestaciones en distintos puntos del país (incluso frente a la Embajada de Finlandia) hasta el corte de las vías de comunicación con Uruguay. De manera primero esporádica y luego más constante, han bloqueado y continúan bloqueando los puentes internacionales que comunican ambas orillas del Río Uruguay. Esta tensa situación ha provocado protestas a uno y otro lado de la frontera. El Gobierno uruguayo se queja alegando que los cortes de ruta impiden la libre circulación y el libre comercio, además de haber desalentado el turismo argentino en Uruguay. Por otro lado, el Gobierno argentino se ha negado, hasta el momento¹³, a utilizar la fuerza pública para reprimir las manifestaciones de sus ciudadanos.

Pero las protestas contra las fábricas de pasta de celulosa no se limitan al lado argentino, sino que también se han registrado en Uruguay. Prueba de ello es la reciente conformación de la Asamblea Regional Ambiental del Río

¹² “En Uruguay dicen que Botnia podría lograr “en menos de un mes” el permiso final para funcionar”, *Clarín.com*, 3 de octubre de 2007. Disponible en: <<http://www.clarin.com>>.

¹³ No hay que perder de vista que el 28 de octubre de 2007 habrá elecciones presidenciales en la República Argentina, y aunque el Presidente Néstor Kirchner no intentará obtener su reelección, el oficialismo apoya la candidatura de su esposa, Cristina Fernández de Kirchner.

Uruguay, contra las pasteras, el monocultivo y los modelos económicos de las multinacionales¹⁴. La nueva organización tendrá como objetivo “Luchar para echar a Botnia y [la empresa española] Ence”¹⁵ de la región. En esta ocasión, los asambleístas entrerrianos consiguieron la meta de obtener, de sus pares uruguayos, un apoyo claro¹⁶ y contundente.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Identificaremos sucesivamente los argumentos esgrimidos por Argentina (a) y por Uruguay (b).

III. a. Argumentos de la República Argentina

El argumento central de la República Argentina consiste en que Uruguay **violó el Estatuto del Río Uruguay** así como los principios y reglas convencionales y consuetudinarios pertinentes a los fines de su interpretación y aplicación, en particular los tratados y otros compromisos internacionales en vigor a los cuales éste reenvía.

Dicho argumento se apoya en otros más: 1) las papeleras son altamente contaminantes; 2) los informes técnicos empleados no abordan la contaminación transfronteriza; 3) Uruguay no siguió el procedimiento de comunicaciones previsto en el Estatuto.

La industria papelera es, de por sí, contaminante. En el proceso de producción es necesario separar la celulosa de la lignina de la madera, para lo cual existen tres tecnologías¹⁷. La primera, con cloro elemental, es la más

¹⁴ TOLLER, Verónica, “Papeleras: los asambleístas cruzaron el río en busca de apoyo”, *Clarín.com*, 8 de octubre de 2007. Disponible en: <<http://www.clarin.com>>.

¹⁵ ROSEMBERG Jaime, “Asamblea binacional contra Botnia”, *Lanacion.com*, 8 de octubre de 2007. Disponible en: <<http://www.lanacion.com>>.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ “La industria papelera, la deforestación y la contaminación”, *ushuaianoticias.com*, 31 de enero de 2006, en UITA, Secretaría Regional Latinoamericana. Disponible en: <<http://www.rel-uita.org/agricultura/ambiente/industria-papelera.htm>> (visitado el 08.02.2007).

nociva de las tres y suele utilizarse en fábricas relativamente pequeñas. La segunda, con dióxido de cloro, conocida como tecnología ECF, es un 20% menos contaminante. Es ésta la que emplearán ENCE y Botnia en Uruguay. La tercera es la tecnología TCF, libre de todo tipo de cloro. Es, obviamente, la más cara, y la única que logra niveles bajos de contaminación.

Según la médica veterinaria uruguaya María Carolina Grosso, la fábrica de Botnia tomará "...diariamente del Río Uruguay el mismo volumen de agua que todas las ciudades costeras, vertiendo al río diariamente ese mismo volumen contaminado y a altas temperaturas", lo que "...generará olores nauseabundos permanentes, lluvias ácidas que liquidarán la agricultura y la apicultura después"¹⁸.

La contaminación del ecosistema persistirá muchos años, y no sólo tendrá efectos negativos en la flora y fauna de la zona, sino también directamente en el sistema inmunológico de la población.

Otro aspecto a considerar es la contaminación visual, ya que la planta Orion puede observarse a simple vista desde la margen argentina del río, afeando el paisaje y afectando así el turismo en las playas entrerrianas sobre el Río Uruguay.

Los informes técnicos utilizados por Uruguay para conceder las autorizaciones y por la CFI para financiar parte del proyecto de Botnia, son insuficientes e inconsistentes, y no se refieren a los efectos transfronterizos de la operación de las plantas.

Siendo evidente que las obras proyectadas son "...*obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas...*", Uruguay debía seguir el procedimiento de los arts. 7 y siguientes del Estatuto.

No está de más señalar que el Estatuto del Río Uruguay es un tratado internacional bilateral. En tanto tratado internacional, los Estados Parte están obligados a cumplirlo, y no sólo a cumplirlo sino también a cumplirlo de buena fe. Esto corresponde a un principio jurídico esencial denominado "*pacta*

¹⁸ "La industria papelerá, la deforestación y la contaminación", *loc. cit.*

sunt servanda”¹⁹, que ha sido recogido en el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

Argentina entiende que su país vecino ha violado las siguientes obligaciones²⁰:

- a) la de tomar toda medida necesaria para la utilización racional y óptima del río Uruguay;
- b) la de informar previamente a la CARU y al Gobierno de Argentina a propósito de la construcción de dos plantas de pasta de papel en la margen izquierda del Río Uruguay;
- c) la de seguir los procedimientos previstos en el Capítulo II del Estatuto en lo atinente a la realización de “obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas”;
- d) la de no autorizar la construcción de las obras proyectadas sin haber seguido previamente el procedimiento previsto por el Estatuto;
- e) la de preservar el medio acuático e impedir la contaminación adoptando las medidas apropiadas, incluso recurriendo a las mejores prácticas ambientales y a las mejores tecnologías disponibles, de conformidad con los acuerdos internacionales aplicables y en armonía con las directivas y recomendaciones de los organismos internacionales;
- f) la de no causar daños ambientales transfronterizos en la margen opuesta y en las zonas de influencia del río;
- g) la de no frustrar la utilización del río con fines lícitos; y
- h) otras obligaciones que derivan del Derecho Internacional general, convencional y consuetudinario, tanto procesales como de fondo, necesarias para la aplicación del Estatuto.

¹⁹ “Lo pactado obliga”.

²⁰ Cfr. demanda presentada por Argentina contra Uruguay ante la CIJ el 4 de mayo de 2006, pp. 9-10. Disponible en: <<http://www.icj-cij.org>> (visitado el 01.02.2007).

III. b. Argumentos de la República Oriental del Uruguay

El argumento fundamental del Gobierno de la República Oriental del Uruguay consiste en negar que su país haya violado el Estatuto del Río Uruguay. Dado que la DINAMA realizó un meticuloso examen de las solicitudes, respetando las reglas nacionales e internacionales en la materia y llegó a la conclusión de que los emprendimientos CMB y Orion no afectarían la calidad de las aguas del Río Uruguay²¹, **no se caía en la hipótesis prevista en el art. 7 del Estatuto**, ya que las obras proyectadas no eran “...obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas...”. Por lo tanto, Uruguay no estaba obligado a plantear ante la CARU la cuestión de los pedidos de autorización para realizar dichos proyectos. Las papeleras no tendrían el efecto catastrófico que les atribuye Argentina.

A pesar de que Uruguay habría respetado las obligaciones impuestas por el Estatuto –ya que comunicó a Argentina por intermedio de la CARU o por otros canales la existencia de estos proyectos y le ha facilitado datos técnicos para que tomara conciencia de la ausencia de peligro en cuanto al impacto potencial de las obras sobre el ecosistema del Río Uruguay²²–, reconoce que las autorizaciones para empezar a construir fueron otorgadas por el Gobierno uruguayo sin el consentimiento previo de Argentina. Pero estima que el Estatuto no confiere a ninguna de las Partes un derecho de veto respecto a la realización, por la otra, de proyectos de desarrollo industrial, cuando esta última ha cumplido de buena fe sus obligaciones en cuanto al intercambio de información²³.

No debemos perder de vista que estos dos proyectos tendrán un impacto muy positivo en la economía uruguaya. Tan solo la planta Orion, según el

²¹ “Demanda argentina contra Uruguay, ante la Corte Internacional de Justicia”. Disponible en: <http://www.mrree.gub.uy/mrree/Asuntos_Politicos/Planta%20Celu/demanda_argentina.htm> (visitado el 08.02.2007).

²² Cfr. CONDORELLI, Luigi (agente del Gobierno uruguayo), intervención en la audiencia ante la Corte Internacional de Justicia del 8 de junio de 2006, p. 41, n° 20. Disponible en: <<http://www.icj-cij.org>> (visitado el 01.02.2007).

²³ *Ibidem*, n° 21.

Banco Mundial, “representa la mayor inversión extranjera de la historia de Uruguay y ayudará al país a subir en la cadena de valor más allá de la exportación de materia prima, a la vez que generará unos 2.500 puestos de trabajo locales y generará un valor agregado equivalente a 2% del Producto Interno Bruto (PIB) del Uruguay”²⁴.

IV. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los mecanismos de solución de controversias internacionales entre Estados pueden ser clasificados en dos grupos: diplomáticos y jurisdiccionales. Entre los del primer grupo encontramos dos mecanismos a los que se ha recurrido para intentar resolver la cuestión de las papeleras: negociación directa y buenos oficios (a). Entre los del segundo, ubicamos el proceso contencioso ante la CIJ (b), instancia a la que ha recurrido Argentina.

IV. a. Negociación directa y buenos oficios

La negociación directa consiste en que los Estados parte en una controversia dialoguen sin intermediarios, en busca de una solución. Desde que el Gobierno argentino tomó conocimiento de los proyectos CMB y Orion promovió en múltiples ocasiones el diálogo directo con el Gobierno uruguayo, incluso en el ámbito del GTAN. Aunque Uruguay no adoptó en un principio una actitud reticente, no se habría mostrado abierto a aceptar otras alternativas. Pero el conflicto originario se complicó todavía más debido a los cortes de puentes internacionales por parte de grupos de ciudadanos argentinos, y Uruguay llegó al punto de negarse a negociar mientras no se levantaran los bloqueos.

La negociación directa fracasó. Es por eso que Argentina planteó la controversia ante la CIJ. Sin embargo, la iniciación del proceso ante esa instancia jurisdiccional no impide que el litigio sea resuelto extrajudicialmente, mediante

²⁴ “Banco Mundial aprueba Planta de Celulosa en Uruguay”, *loc. cit.*

un acuerdo entre las partes. En esta línea, el Rey Juan Carlos I de España designó un delegado personal, el Embajador de España ante las Naciones Unidas, Juan Antonio Yañez Barnuevo, para que actúe como facilitador. Llegamos al segundo de los medios diplomáticos de solución de controversias a los que se ha echado mano: los buenos oficios. Un tercero neutral, ajeno al conflicto, tiene el rol de acercar a las partes para que dialoguen y procuren solucionar el diferendo.

Bajo los auspicios del facilitador se celebraron varias reuniones cuyo objetivo era acercar a las partes a fin de que éstas acordasen una salida al conflicto. En todas esas reuniones, el Embajador Yañez Barnuevo intentó que se encontrara una fórmula superadora y de conciliación. Sin embargo, hasta ahora el máximo logro obtenido consiste en el establecimiento de un diálogo directo entre los negociadores que representan a Argentina y los que representan a Uruguay. Pero lo cierto es que desde hace varios meses las negociaciones se encuentran estancadas²⁵, lo que ha sido reconocido incluso por el facilitador designado por la Corona Española²⁶. Cada una de las partes se mantiene firme en su posición: Argentina exige la relocalización de la planta Orion y Uruguay exige el cese del bloqueo fronterizo.

IV. b. Proceso contencioso ante la Corte Internacional de Justicia

El 4 de mayo de 2006, habiendo resultado infructuosas las negociaciones directas, incluso las llevadas a cabo en el seno del GTAN, Argentina demandó a Uruguay ante la CIJ de La Haya. La actora pretende que la CIJ declare que Uruguay ha faltado a las obligaciones derivadas del Estatuto y otras normas de Derecho Internacional a las que éste reenvía, a propósito de la autorización, construcción y eventual puesta en servicio de dos fábricas de pasta de papel

²⁵ “Continúa estancada la discusión por Botnia”, *Lanacion.com*, 30 de mayo de 2007. Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar>>.

²⁶ “Papeleras: para el facilitador español, “no hay por qué esperar grandes resultados””, *Clarín.com*, 30 de julio de 2007. Disponible en: <<http://www.clarin.com>>.

sobre el Río Uruguay. Esto, tomando particularmente en cuenta los efectos de dichas actividades sobre la calidad de las aguas del Río Uruguay y su zona de influencia. Asimismo, solicita a la CIJ que ordene al Uruguay reparar integralmente el perjuicio causado por el incumplimiento que le es imputable, y que disponga como medida provisional que Uruguay cese en su comportamiento ilícito, es decir, que detenga la construcción de las obras.

En el marco de la sustanciación de las medidas provisionales hubo dos audiencias (8 y 9 de junio de 2006) durante las cuales ambas partes hicieron observaciones orales. Finalmente, la CIJ denegó el pedido argentino de ordenar la suspensión de las obras, en resolución fechada el 13 de julio de 2006.

El 29 de noviembre de 2006 Uruguay presentó un pedido de medidas provisionales a fin de que la CIJ ordenara el cese de los cortes de puentes internacionales llevados a cabo por grupos de ciudadanos argentinos. Hubo audiencias (18 y 19 de diciembre de 2006); pero estas medidas también fueron denegadas por la Corte, mediante resolución del día 23 de enero de 2007.

El proceso principal continúa su curso ante la CIJ²⁷. En septiembre del año en curso, a instancias de Argentina, la Corte autorizó a la actora a presentar una réplica, dándole plazo hasta el 29 de enero de 2008 para hacerlo²⁸. Uruguay fue autorizado a realizar una dúplica en contestación a la futura presentación argentina, contando con tiempo para hacerlo hasta el 29 de julio del año próximo²⁹. Esto permitirá incorporar al expediente hechos nuevos. Así, Argentina podrá sumar a su demanda ciertos elementos como el accidente con productos químicos que se produjo en la planta de Botnia y la inauguración de la terminal portuaria en Nueva Palmira³⁰.

²⁷ Para mayores detalles, visitar el sitio de la CIJ: <<http://www.icj-cij.org>>.

²⁸ *“Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay). La Cour autorise le dépôt d’une réplique par l’Argentine et d’une duplique par l’Uruguay, et fixe les délais pour le dépôt de ces pièces de procédure”*, Communiqué de presse N° 2007/20, 17 de septiembre de 2007, Cour Internationale de Justice. Disponible en: <<http://www.icj-cij.org>>.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *“Un pedido de “derecho a réplica” que impone nuevos plazos en La Haya”*, *Página/12*, 13 de septiembre de 2007. Disponible en: <<http://pagina12.com.ar>>.

Sería deseable que mientras continúa en trámite el proceso contencioso ante la CIJ las partes pudieran, bajo los auspicios del facilitador, llegar a un acuerdo. Pero lamentablemente, el desarrollo de las negociaciones no nos permite ser muy optimistas en cuanto a la posibilidad de una solución extrajudicial. Por tanto, es preciso aguardar la sentencia de la Corte y hacer votos para que, en el ínterin, no se profundice la herida que hoy afecta las relaciones históricamente fluidas entre estos dos países vecinos y hermanos.

EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.
ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

José Carlos Rodríguez Canales*

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones sociales humanas presuponen un orden que crea una seguridad en el individuo y que desemboca en una promoción de la sociedad que satisface necesidades personales. Mas cuando la sociedad se desarrolla, surge la necesidad de darle una garantía a ese orden en el que el individuo cree y que es base de su adhesión, provocando comportamientos homogéneos y correspondencias bilaterales que cumplan ese fin. Sin embargo, la historia nos ha enseñado que la complejidad del sistema impide que se deje llevar con la estructura social, y además es necesario añadir un elemento ordenador que encarrile los comportamientos. PÉREZ LUÑO escribe que la seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el saber a que atenerse es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico.¹ También COING en un sentido parecido dice que la seguridad constituye un deseo arraigado en la

* José Carlos Rodríguez Canales, es Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Monterrey, 2003. El artículo forma parte de la investigación que se encuentra realizando el Autor para la obtención del título de Doctor, por la Universidad de Salamanca, España. Bajo la codirección de los Drs. Eusebio González García y José María Algo Montero.

¹ A. E. PÉREZ LUÑO. La seguridad jurídica, 2ª edición, Editorial Ariel, Barcelona 1994, p. 11.

vida anímica del hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que esta sometido.²

Tomando en cuenta lo anterior, el “Derecho”³ sería nuestro concepto a seguir, debido a que impulsa esa figura de “elemento ordenador” necesaria para la convivencia y la sociedad, más como manifiesta SANTI ROMANO, es la sociedad la que se requiere como elemento y como base para aplicarlo, un orden social, al cual tiende el Derecho, y una organización como medio para realizar el orden.⁴ Siendo así, de este concepto podemos derivar entre otras cosas la seguridad jurídica que requerimos como sociedad y que le da esa certeza que el elemento ordenador requiere y que lo legitima. Aunque posteriormente se crea que nos encontramos envueltos en un gran número de normas como dice BOBBIO “*creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una estrechísima red de reglas de conducta que desde el*

² H. COING. Fundamentos de Filosofía del Derecho, Traducción de J. M. Mauri, Editorial Ariel, Barcelona, 1961, p. 67.

³ El concepto de Derecho –dice RADBRUCH- es a la idea del Derecho lo que el ser al deber ser. EL Derecho es un fenómeno cultural; el concepto del Derecho es, por consiguiente, un concepto cultural, del cual se desprende: 1) que el Derecho debe tener una realidad, presentar, por ejemplo, la forma empírica de una ley o una costumbre; dicho en otros términos, que debe ser positivo; 2) que en cuanto materialización de la idea del Derecho, debe elevarse valorativa e imperativamente sobre el resto de la realidad; es decir que debe ser normativo; 3) que, por proponerse la realización de la justicia, debe regular la convivencia humana; debe tener, por tanto, carácter social; 4) que, por virtud de la justicia a la que aspira, debe establecer la igualdad para todos a cuantos afecte; debe tener por consiguiente carácter general.

El Derecho puede, pues, definirse como el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social. (Introducción a la Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, Traducción de Wenceslao Roces, México, 1965, pp. 46 y 47.)

También se planteara tres objetivos del Derecho: seguridad, justicia y finalidad; siendo entre ellos el verdadero instrumento de acción social (G. RADBRUCH. Filosofía del Derecho, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, p. 95.)

⁴ SANTI ROMANO. El Ordenamiento Jurídico, Instituto de Estudios Políticos, Traducción de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, 1963.

nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección”⁵

El cómo ubicar a la seguridad con respecto al Derecho, ha despertado varias incógnitas, es decir, si se le toma a través de este, o si, se le categoriza como seguridad del Derecho. También incrementa su ambigüedad el hecho de tomar a la seguridad jurídica como un estado de cosas, como un ideal a alcanzar o una expectativa de los ciudadanos. En el primero de los marcos, la seguridad se identifica con las funciones de seguridad que realiza el Derecho en relación con determinadas carencias, peligros o incertidumbres. La segunda se trata de una seguridad para el individuo frente al Derecho lograda por y a través del mismo Derecho.⁶ Al hacer una distinción de estos perfiles estaríamos desarticulando el concepto haciéndolo más complejo, en vez de eso, nuestra idea será más propensa a juntarlos todos y tratarlos de incluir en un solo concepto, aunque éste se mantenga en constante reforma debido a los logros que se seguirán adquiriendo.

Juntando los dos marcos anteriormente señalados, PECES-BARBA estructura la seguridad jurídica a través del Derecho o del Ordenamiento moderno identificando los diversos ámbitos en que se puede encontrar. El primero de ellos es la seguridad jurídica en relación con el poder, la cual se expresa a través de instituciones, de principios de organización o de valores del Derecho público que expresan un tipo de acción peculiar del Derecho sobre el poder, determinando el origen del poder, el ejercicio del poder y los límites del poder; el segundo es la seguridad jurídica en relación con el mismo Derecho, la cual supone la existencia de mecanismos, de técnicas formuladas como principios de organización, de interpretación o como derechos subjetivos, que funcionan en el interior del Ordenamiento; como tercero pone a la seguridad en relación con la sociedad, la cual supone la extensión de la acción del Derecho a sectores tradicionalmente abandonados a la autonomía de la voluntad, a la libre acción de particulares y se incorpora progresivamente a

⁵ N. BOBBIO. *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1991, p. 15.

⁶ F. ARCOS RAMÍREZ. *La Seguridad Jurídica Una Teoría Formal*, Dykinson, 2000, p. 14 y ss.

las preocupaciones y problemas de la cultura por influencia democrática y socialista.⁷

Con la seguridad jurídica, como exigencia de la certeza de orden, se alude a un saber posible, bien sea como conocimiento o cognoscibilidad de una situación jurídica presente, bien sea como una expectativa, fundamentada por la calculabilidad, de un acto jurídico futuro.⁸ Siendo así, HOBBS pone de manifiesto que la seguridad no sólo constituye la finalidad del derecho sino de la organización política, identificando finalidad del Estado y seguridad, y en ello consiste la esencia del Estado, que define como: *una persona de cuyos actos, por mutuo acuerdo entre la multitud, cada componente de ésta se hace responsable, a fin de que dicha persona pueda utilizar los medios y la fuerza particular de cada uno como mejor le parezca, para lograr la paz y seguridad de todo*".⁹

Tratando de distinguir el tema, se puede decir que el principio de igualdad se dirige, predominantemente, a prohibir la arbitrariedad, la incertidumbre, el azar y al desamparo respecto de una situación de regulación. La justicia material (justicia social), persigue la realización del bien común. La seguridad jurídica pretende la paz jurídica¹⁰. Pero seguridad jurídica no significa, necesariamente, la aplicación cierta del derecho justo, sino la ejecución segura del frecuentemente defectuoso derecho positivo. De esto pueden resultar conflictos de intereses, especialmente entre la justicia material y la seguridad jurídica.¹¹

⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ. "La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho", Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, No. 6, 1990, p. 222 y ss.

⁸ HEINRICH HENKEL. Introducción a la Filosofía del Derecho, Biblioteca Política Taurus. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid 1968, p. 545.

⁹ T. HOBBS. *Leviatán*, Alianza Universidad, Madrid, 1989, p. 145.

¹⁰ La paz jurídica es, sin discusión, una fórmula abstracta, pero las mil y una realizaciones concretas de tal fórmula no dejan de ser concreciones de aquella fórmula en que el carácter fundamentador del principio jurídico está igualmente presente. (J. GUASP. *Derecho*, Madrid, 1971, p. 296).

¹¹ Sobre este punto RADBRUCH afirma, que la seguridad jurídica reclama que el derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto; y por otra parte, la aplicación uniforme de un Derecho injusto, su aplicación igual lo mismo hoy que mañana, su aplicación a

Cosa que no es nueva, ya que ARISTOTELES observó que por cause de su generalidad, ninguna ley puede hacerle justicia a todos los casos particulares.¹² Pero, si debido a esta situación se despojase a las leyes de su validez entonces, esto originaría, una inseguridad extraordinaria.¹³

Esto nos pone de manifiesto la dificultad de ponerle el categórico de valor absoluto a la seguridad jurídica y teniendo en cuenta la basta doctrina, jurisprudencia e incluso normas jurídicas, que tratan de identificarlo, es que no podemos colgarle un único significado puesto que, como dice PÉREZ LUÑO, las conquistas políticas de que está formado este principio lo privan de una elaboración lógica¹⁴; entonces, teniendo esta idea en cuenta, presentamos los pasajes más importantes de GUSTAV RADBRUCH que realizó para tratar de

unos y a otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia; lo que ocurre es que en este caso –medido por el rasero de la justicia-, lo injusto se reparte justamente y por igual entre todos, por donde el restablecimiento de la justicia requiere, ahora, antes de nada, un trato desigual, es decir, una injusticia. Siendo, por tanto, la seguridad jurídica una forma de la justicia, tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto de la justicia consigo misma. Por eso este conflicto no puede ser resuelto de una manera unívoca. (*Op. cit.* p. 44).

¹² Sobre este punto podemos ver también a LUCAS VERDU que coincide y afirma que, la abstracción o generalidad de la ley no contempla todos los supuestos. Todo ordenamiento jurídico presenta lagunas que es menester colmar, la innovación que las leyes hacen del ordenamiento no siempre es completa. Por otro lado, la ley se ha relativizado, merced a la urgencia, a los decretos legislativos y a los decretos-leyes y existe una tipología de leyes lo cual complica más el cuadro y corrobora la crisis de un concepto y de un principio regulador de la convivencia, crisis correlativa a la del Estado liberal de Derecho. (P. LUCAS VERDU. *Estimativa y Política Constitucionales*, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 145).

¹³ A. KAUFMAN. *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Traducción de Luís Villar Borda y Ana María Montoya, 2ª edición, Colombia 2002, p. 351 y ss.

¹⁴ A. E. PÉREZ LUÑO. “La Seguridad Jurídica: Una Garantía Del Derecho Y La Justicia, BFD”. *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, Segunda Época*, No. 15, 2000, p. 25.

superar las injusticias del nacionalsocialismo y que el Tribunal Constitucional Federal alemán se sirve de dicho argumento para conformar su tesis¹⁵:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aún cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse “como falso derecho” y ceder el paso a la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; pero otro límite podría distinguirse con toda claridad: cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad que integra el núcleo de la justicia se negó conscientemente a la regulación del derecho positivo, allí la ley no es sólo “derecho incorrecto”, sino carecer por completo de la naturaleza del derecho, pues no se puede definir el derecho, inclusive el derecho positivo, de otra manera que como un orden y estatuto, que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia.”

¹⁵ En dicha tesis el Tribunal afirma que: La seguridad jurídica es un elemento esencial del principio de Estado de derecho. Dicho principio, a su vez, forma parte de las decisiones básicas efectuadas en la Ley Fundamental, que persiguen la realización de postulados auténticos de justicia. Al legislador constitucional le es posible descuidar la seguridad jurídica tan sólo hasta un determinado límite. Una norma que negara, falseara o desatendiera en forma intolerable la función de preservación de la paz inmanente al derecho, entonces podría ser nula aun poseyendo la configuración de norma constitucional primigenia. Con todo, no puede dejarse de lado que el principio de seguridad jurídica se encuentra frecuentemente, en contradicción con la exigencia de justicia material y que tiene que ser, ante todo, tarea del legislador decidir ese conflicto algunas veces a favor de la seguridad jurídica, otra, en pro de la justicia material. Si esto sucede sin arbitrariedad, entonces no pueden existir reparos frente a un procedimiento tal. Un motivo legítimo para restringir, en cierto margen y por cierto tiempo, la seguridad jurídica se presentará para el legislador en particular, cuando él acepta o establece tales restricciones en pos de la realización de la justicia material propiamente dicha. (G. RADBRUCH. *Gesetzliches Utrecht und übergesetzliches Rect.*, en SFZ 1946, pp. 105 y ss. = GRAG, T. 3, 1990, pp. 83 y ss., citado por Ob. Cit. A. KAUFMAN. *Filosofía...* p. 352.)

En cuanto a este conflicto, PECES-BARBA afirma, que la seguridad se convierte en justicia formal con sede en la Constitución. Con esta transformación dejará de tener sentido la tesis de la contraposición entre justicia y seguridad, que queda como propia de las situaciones preliberales y preconstitucionales. La primera será justicia material; y la segunda, la seguridad, justicia formal.¹⁶ Es por esto que la seguridad jurídica es un elemento necesario de la justicia y viceversa. Pues como explica KRIELE, la formalidad del derecho no se impone de manera rígida sino que se apoya en razones material-rationales.¹⁷

El principio de seguridad jurídica que se reconoce en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁸, se pone de manifiesto en la ley del Estado Moderno como instrumento garantizador de un trato igual de todos ante la ley, frente a las frecuentes arbitrariedades y abusos del antiguo régimen. Lo que equivale afirmar, desde un punto de vista positivo, la importancia de la ley como vehículo generador de certeza; y desde un punto de vista negativo, el papel de la ley como mecanismo de defensa frente a las posibles arbitrariedades de los órganos del Estado.¹⁹ La seguridad cumple, pues, una función legitimadora de la legalidad, que se desenvuelve, afirma SAINZ DE BUJANDA, por los cauces y las garantías que el propio ordenamiento constitucional o las leyes dictadas para su desarrollo, establecen.²⁰ PECES-

¹⁶ G. PECES-BARBA. “La Constitución y la Seguridad Jurídica”, Claves: de Razón Práctica, No. 138, Diciembre 2003, p. 7.

¹⁷ M. KRIELE. Introducción a la Teoría del Estado, Traducción por Eugenio Bulygin, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1980, p. 38.

¹⁸ Anterior al Estado Moderno, la seguridad –afirma PECES-BARBA–, se producía por razones religiosas y el hombre confiaba en el camino de salvación que administraba la Iglesia católica sin preocuparse demasiado de otras cosas. También el régimen gremial, donde las personas nacían, aprendían el oficio luego lo desarrollaban como maestros, producía seguridad. De igual modo ocurría con los vínculos feudales que obligaban al señor a proteger al vasallo. (*Op. cit.* “La Constitución ... p. 7)

¹⁹ E. GONZÁLEZ Y T. GONZÁLEZ. Derecho Tributario, Tomo I, Plaza Universitaria Ediciones Salamanca, 2004, p. 27.

²⁰ F. SAINZ DE BUJANDA. Hacienda y Derecho, Volumen III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 363.

BARBA también vincula el nacimiento de la seguridad jurídica con el poder político moderno, al cual le vincula el monopolio en el uso de la fuerza legítima y al objetivo de la búsqueda de la paz y de la tranquilidad. En ese primer momento sirvió como razón de ser del Estado absoluto y de la acción represora del Estado.²¹

La seguridad jurídica se puede tomar de diversos puntos de vista y si se prefiere, se puede diferenciar por momentos, como son: positividad, operatividad e invariabilidad. Estos elementos le dan un elemento central al significado y a la vez pueden ser contemplados como instrumentos de certeza, eficacia o interdicción de la arbitrariedad.

La positividad significa, con todo, sencillamente que sólo la circunstancia de que el derecho está “fijado”, lo decisivo es que las características de la ley se determinen de la manera más exacta posible y, en consecuencia, se puedan establecer sin arbitrariedad; es decir, la creación de las normas, la certeza de su configuración con la influencia de las normas ya establecidas y su lineamientos en la misma dirección, con una existencia previa a la producción de los hechos y su debida publicación. De ahí que con razón observe RADBRUCH²² que “en la medida en que es tarea del derecho positivo el ser correcto en el contenido, en la misma medida pertenece al concepto del derecho correcto el ser positivo”.

La operatividad hace que en la medida de lo posible, las situaciones de hecho jurídicamente relevantes sean reconocibles, libres de error y que creen certidumbre (en el caso tributario específicamente con la Administración Pública, puede serlo por actividad o inactividad de ésta). Aunque en la realidad exista una tipificación vaga que llega a contradecir a la justicia material, hemos de aumentar esta posición con la certeza en la interpretación, por parte de la doctrina y la jurisprudencia que ayudan a su entender. De esta manera, afirma NUÑES TORRES, que las instituciones jurídicas y políticas sin ser afines, centrarán sus actuaciones siempre a la preservación de la dignidad del ser humano, por lo que siempre estarán en un proceso evolutivo coherente teniendo igualmente

²¹ *Op. cit.* G. PECES-BARBA. “La Constitución ... p. 6.

²² G. RADBRUCH. *Rechtsphilosophie*, p. 169.

como fin preservar lo institucional, para posteriormente, y ya que se encuentre ese fin se encuentre inmerso en la sociedad, y se le pueda llamar institucionalizar, y así es como la seguridad se causará.²³

La invariabilidad del derecho se refiere a la exigencia de inmutabilidad del derecho, que también crea un conflicto de intereses²⁴ con la justicia material.²⁵

Las dimensiones descriptiva, o sociológica, y prescriptiva o axiológica, de la seguridad –dice PEREZ LUÑO– se entremezcla en un amplio número de planteamientos teóricos, lo que dificulta cualquier intento por dilucidar su sentido. Quizá se deba achacar esta falta de precisión, más que un error metódico de enfoque, a la propia complejidad de la seguridad respecto a otros valores, institutos y categorías jurídicas. La seguridad no es uno más entre los conceptos básicos de la Filosofía y la Teoría del Derecho, sino que aparece inmediatamente enlazada con el funcionamiento de las demás formas, instituciones, derechos y deberes jurídicos de los que, en muchos casos, constituye un punto de referencia insoslayable.

La idea de certeza del Derecho es una idea primaria del principio de seguridad jurídica –dice GONZÁLEZ GARCÍA– y su amplitud le da diferentes

²³ M. NUÑEZ TORRES. *La Capacidad Legislativa Del Gobierno Desde El Concepto de Institución*, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 99.

²⁴ Por poner un ejemplo, se da el caso de en Alemania de un caso de cosa juzgada parcial: la sentencia de la instancia preliminar había hecho transito a cosa juzgada respecto de la culpabilidad, solo en relación con la pena continuó adelantándose el proceso. En el proceso de impugnación (sobre la cuestión de la pena) resulto que el pronunciamiento sobre la culpabilidad había sido erróneo. El acusado no habría debido ser condenado. ¿Puede ser absuelto, pese a la existencia de una condena en firme? El BGH (Tribunal Federal alemán) decidió que no:

En cuanto justificación de la exigencia a favor de la ruptura de la fuerza de cosa juzgada parcial, se alude a mandato de justicia incondicional, que no tolera que con fundamento en un fallo judicial, reconocido como defectuoso, se castigue a un ser inocente. Frente a tales consideraciones, que se dejan llevar por el sentimiento de derecho, se tiene que acentuar, con decisión, el significado de la fuerza de cosa juzgada para la seguridad jurídica. (*Op. cit.* A. KAUFMAN, *Filosofía...* p. 355.)

²⁵ *Op. cit.* A. KAUFMAN, *Filosofía...* p. 350.

puntos de vista para su estudio.²⁶ De ésta forma podemos ver como KELSEN la distingue en la certidumbre de los remedios jurídicos, pues, pone como esencia del principio de seguridad jurídica al principio de Estado de Derecho y de esta manera pone de relieve la decisiones de los tribunales que son hasta cierto grado previsibles y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles.²⁷ BOBBIO por su parte califica a la certeza del Derecho como la “determinación de una vez para siempre, de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a un cierto tipo de acto o hecho, de forma que el ciudadano esté en condiciones de saber de antemano las consecuencias de sus acciones y de conducirse constantemente de conformidad con las normas establecidas”.²⁸ De ésta forma BOBBIO considera que la certeza da la estabilidad al Derecho que constituye para algunos el contenido formal del principio de seguridad jurídica. En lo que respecta al desarrollo normativo podemos tomar las palabras de HENKEL, pues toma a la seguridad jurídica como la exigencia dirigida al Derecho positivo de crear, dentro de su campo y con sus medios, certeza ordenadora.²⁹ A partir de esto FERREIRO LAPATZA y desde el punto de vista tributario, afirma, qué es naturalmente difícil decir que es una buena norma desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho o de la Técnica Jurídica, pues la norma es técnicamente imperfecta sin concretar en qué consiste la incorrección y la fórmula que ha de utilizarse para solventarla.³⁰

Los preceptos normativos no deben entenderse correctamente de manera aislada, por el contrario, han de ser considerados a la luz de las exigencias globales del sistema conspicuamente fijadas en sus principios. En suma,

²⁶ E. GONZÁLEZ y T. GONZÁLEZ. Derecho... p. 28 y ss.

²⁷ H. KELSEN. Teoría Pura del Derecho, Séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 260.

²⁸ *Op. cit.* N. BOBBIO. Teoría...

²⁹ *Op. cit.* HEINRICH HENKEL. Introducción... p. 544.

³⁰ J. J. FERRERIO LAPATZA. “La Norma Jurídica. Condiciones a cumplir para el logro de la Seguridad Jurídica”, XVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Tomo 1, Principio de Seguridad Jurídica en la Creación y Aplicación del Tributo, Perú, 1993.

solamente la comprensión sistemática podrá conducir a resultados seguros.³¹ Así SAINZ DE BUJANDA considera que la seguridad puede servir como criterio valorativo del ordenamiento. A tal efecto, entiende que la estimación que merezca un ordenamiento jurídico dado debe basarse en el conocimiento de si existe o no adecuación entre la normativa que ese ordenamiento plasma y el orden real y efectivo a dicho ámbito social.³²

II. PROYECCIÓN Y ALCANCE CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad personal es el fundamento de la garantía constitucional de los derechos y esta garantía a su vez el presupuesto de las garantías constitucionales en todas sus manifestaciones, tanto institucionales como individuales. Si el estado de naturaleza es un estado de igualdad y libertad, también lo es de inseguridad extrema. En el estado de naturaleza los hombres son iguales y libres, pero no se sienten seguros. La igualdad y libertad naturales no generan seguridad, sino todo lo contrario. Para tener seguridad, los individuos tienen que transformar la igualdad y libertad naturales en igualdad y libertad jurídicas. Para ello necesitan al Estado.³³

El estado de naturaleza es un estado de guerra y una tal guerra como la que tendría lugar entre cada hombre contra cada hombre, es por esto inevitable la seguridad, dirá HOBBS. Y esa ansia de seguridad, por tanto, es lo que justifica la constitución del Estado. Y éste es, por tanto, garantía necesaria de la seguridad personal, pero no garantía suficiente. De ahí que sea necesaria una garantía adicional, una garantía de la garantía. En esto consistirá la Constitución.³⁴

³¹ G. ATALIBA. "Seguridad Jurídica", REDF, No. 59, julio/septiembre, 1988, p. 342.

³² *Op. cit.* F. SAINZ DE BUJANDA. Hacienda... p. 293.

³³ J. PÉREZ ROYO. *Curso de Derecho Constitucional*, Décima edición, Marcial Pons, Madrid 2005, p. 558 y 559.

³⁴ *Op. cit.* p. 560.

Aunque la Constitución Española de 1978³⁵, ahora vigente –dice GONZÁLEZ GARCÍA– no contenga un precepto claro del contenido y manifestaciones del principio de seguridad jurídica, es obvio que del conjunto de preceptos consagrados al principio de legalidad, y en particular a los artículos 9.3³⁶ y 103.1³⁷ de la Constitución, se desprenden dos ideas, de certeza e interdicción de la arbitrariedad (considerada esta última en su aspecto normativo y aplicativo, y jugando en ambos casos un papel esencial el respeto al principio de la jerarquía normativa)³⁸ que dan contenido al principio de seguridad jurídica en su vinculación con el principio de legalidad.³⁹ En forma parecida, GARRIDO FALLA demuestra su descontento con la inclusión del principio en el primer de los artículos pues afirma que es un principio genérico que se diluye casi exclusivamente en el resto de los principios enumerados.⁴⁰

³⁵ De ahora en adelante: CE.

³⁶ Art. 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

³⁷ Art. 103.1: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

³⁸ Según el Tribunal Constitucional, habrá arbitrariedad en la ley en los siguientes supuestos: “cuando engendre desigualdad, no en el sentido del artículo 9.2, sino una discriminación. Las exigencias de igualdad obligan a que toda norma evite un trato desigual entre iguales sin un fundamento objetivo y razonable” (STC 108/1986, de 16 de junio); “que, aun no entrañando desigualdad, carezca de razonabilidad. Así sucede cuando se aprecie en la ley capricho, inconsecuencia o incoherencia, creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales, así como cuando existe una desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados, que impliquen un sacrificio excesivo e innecesario de derechos constitucionales” (STC 66/1985, de 11 de junio).

³⁹ E. GONZÁLEZ GARCÍA. “El Principio de Seguridad Jurídica”, XVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Tomo I, Lima 1993.

⁴⁰ F. GARRIDO FALLA. Comentarios a la Constitución, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 169.

Dos significados se pueden sacar del artículo 9.3 de la CE –dice PÉREZ LUÑO–. En el primero se reitera la idea ya apuntada en el Preámbulo⁴¹ de la sujeción al bloque de la legalidad, integrado por la Constitución y el entero ordenamiento jurídico, de los ciudadanos y poderes públicos. El tercero enumera, en formulación de discutible acierto técnico, distintos enunciados y exigencias de seguridad jurídica. La seguridad parece también constitucionalizada en el catálogo de derechos fundamentales, donde se le invoca como garantía de inmunidad personal (art. 17.1); aparece implícitamente reflejada en las garantías procesales reconocidas en el artículo 24; se especifica su alcance mediante la tutela de la legalidad penal (art. 25.1); y se la reputa fin específico del compromiso de protección de los consumidores y usuarios, a través de procedimientos eficaces, que incumben a los poderes públicos (art. 51.1) al mismo tiempo que todo esto sucede, la Constitución preside todo el proceso interpretativo y aplicativo del resto de las normas como lo proclama el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que evita, dice GARCÍA DE ENTERRIA la completa disolución casuística de un ordenamiento tan complejo y variable, elaborado por impulsos dispersos y ocasionales y que ha parecido renunciar a mantener un orden sistemático discernible.⁴²

Estos principios enunciados están además ligados a los valores constitucionales consagrados en el artículo 1⁴³ de la CE, debido a que no es posible garantizar la libertad y la igualdad de los ciudadanos sin que estos puedan prever las consecuencias jurídicas de sus actos. El Ordenamiento será el ámbito de protección prefijando las consecuencias en cada caso concreto.⁴⁴

⁴¹ “Establecer la justicia, la libertad y la seguridad”.

⁴² E. GARCÍA DE ENTERRIA. *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, p. 102.

⁴³ Art. 1.1: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

⁴⁴ L. CASTAÑO GARCÍA. “Seguridad Jurídica y Derechos Individuales”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Octubre 2004, No. 37, p. 10.

La falta de una definición clara hace que el Tribunal Constitucional Español⁴⁵ se decante por una interpretación en su sentencia⁴⁶ 225/1998, de 25 de noviembre, la cual define a la seguridad jurídica como “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, ... todo ello sin perjuicio del valor que, como principio constitucional, ostenta por sí misma”; esto es, la seguridad jurídica es “la suma de estos principios equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad”⁴⁷, “lo que no quiere decir que no tenga valor por sí misma”⁴⁸, pues entonces “no hubiera precisado ser formulada expresamente”⁴⁹.

La Constitución Española, como ya lo hemos visto, proclama expresamente el principio de seguridad jurídica, y además se le invoca como garantía de inmunidad personal dentro de los derechos fundamentales, pero el Tribunal Constitucional no lo ve de la misma manera y es por ello que le niega que se invoque como tal, a través del recurso de amparo⁵⁰ sin que las omisiones o deficiencias técnicas de una norma constituyan tachas de inconstitucionalidad (STC 150/1990, de 4 de octubre), lo que no significa, sin embargo, que no opere, como ha establecido la STC 32/1987, de 12 de marzo, como garantía de los derechos fundamentales y específicamente respecto del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 12/1989, de 25 de enero).

Los posibles límites que, como todo principio, la seguridad jurídica tiene, serán pronunciados por el Tribunal Constitucional hasta la Sentencia 173/1996, de 31 de octubre, debido a que las anteriores lo rechazaban⁵¹, la cual reconoce

⁴⁵ De ahora en adelante: TC.

⁴⁶ De ahora en adelante: STC.

⁴⁷ STC 27/1981, de 20 de julio.

⁴⁸ STC 99/1987, de 11 de junio y STC 227/1988, de 29 de noviembre.

⁴⁹ STC 27/1981, de 20 de julio.

⁵⁰ Ver SSTC 120/1988, de 20 de junio y 199/1990, de 10 de diciembre.

⁵¹ Con anterioridad, otras sentencias como la 126/1987, de 16 de julio o la 197/1992, de 19 de noviembre, habían rechazado violaciones del principio de seguridad jurídica, supuestamente provocadas por modificaciones normativas basándose en que las mismas no eran realmente imprevisibles.

por primera vez en una modificación normativa la condición de “absolutamente imprevisible”, pero añadiendo que una norma de estas características “solo podría reputarse conforme con la Constitución si existieran claras exigencias de interés general que justificaran que el principio de seguridad jurídica que, insistimos, no es un valor absoluto, debería ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos”. Como complemento a lo anterior, la sentencia 182/1997, de 18 de octubre, informa que las exigencias de interés general deben ser especialmente escrupulosas cuando la reforma que presumiblemente atenta contra la seguridad jurídica.

También hay que señalar que el Tribunal Constitucional en la sentencia 126/1987, de 16 de julio, admitió que el logro de un mayor grado de justicia podría justificar suficientemente la introducción de una norma que, *prima facie*, pudiese atentar contra la seguridad jurídica⁵²; esto último con la intención de contrarrestar las sentencias 27/1981, de 20 de julio y 99/1987, de 11 de junio entre otras, señalando que el derecho a la certeza no podría transformarse en un derecho al mantenimiento de un determinado orden jurídico, que supusiera desembocar en una petrificación o congelación del orden jurídico. En cuanto a la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de noviembre)⁵³ se refiere, ésta mantiene una preocupación loable sobre el tema: su artículo 9.2 dispone que “las leyes y los reglamentos que modifiquen normas tributarias contendrán una relación completa de las normas derogadas y la nueva redacción de las que resulten modificadas”. También el mismo artículo obliga al legislador a identificar los preceptos tributarios contenidos en leyes o normas que no tengan esta naturaleza: “las leyes y los reglamentos que contengan normas tributarias deberán mencionarlo expresamente en su título y en la rubrica de los artículos correspondientes”.

Así es como el TC resalta que el ámbito de la seguridad jurídica es promover la certeza, no entrar en conflicto con otros valores constitucionales en su sentencia 46/1990, de 15 de marzo, que dice: “la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la

⁵² Ver también la sentencia 227/1988, de 29 de noviembre.

⁵³ De ahora en adelante: LGT.

claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a que atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo”.

El principio de seguridad jurídica, dice CASTILLO BLANCO en cuanto definidor de un estatus de certeza en el individuo en sus relaciones con el poder público, se manifiesta, como no podía ser de otra forma, en los mas diversos campos y respecto de todos los poderes del Estado: en el campo interpretativo del Derecho⁵⁴, en la esfera del procedimiento administrativo⁵⁵,

⁵⁴ Con respecto a esta analogía, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 16 de enero de 1992, declaraba que: “la analogía, como técnica integradora de la norma jurídica, debe aplicarse con extrema cautela, pues en caso contrario se vulneraría el principio de legalidad, que es el fundamento básico en el Derecho administrativo. Por tal razón (arts. 103.2 y 016.1 CE), la actividad administrativa únicamente puede fundamentarse en la legalidad vigente, y con la aplicación estricta de los supuestos que contempla cada una de las normas aplicables, con el fin de no perjudicar el anterior principio y también para garantizar el principio de seguridad jurídica; la analogía puede tener su aplicación en supuestos no exactamente previstos por el legislador, pero muy similares a los previstos, y que, en función de la labor integradora del Juez, puede aplicarse siempre que ello no suponga una creación de norma jurídica nueva que atente contra el contenido de la que se pretende aplicar”. Y la de 1 de abril de 1993, también del mencionado tribunal, utilizaba el citado principio para deslindar la norma aplicable, argumentando que: “ En caso de evidente contradicción como es el caso que nos ocupa, el Tribunal llega a la conclusión de que debe prevalecer siempre la Ordenanza que regula la materia específica y no una, aun cuando sea posterior, pero que se refiera a la misma materia de forma indirecta, y ello

en la más específica del procedimiento administrativo sancionador⁵⁶, en la esfera tributaria⁵⁷, presupuestaria⁵⁸ o en el ámbito procesal⁵⁹, entre otros. Lo

por exigirlo un mero principio de seguridad jurídica y estabilidad en las disposiciones administrativas, pues en caso contrario podría producirse una grave confusión sobre cual de las Ordenanzas en cuestión es la verdaderamente aplicable para cada supuesto en concreto que se presente en la vía práctica”.

⁵⁵ Sobre este punto, la sentencia de 20 de marzo de 1996 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco determino que: “El principio de seguridad jurídica determina el respeto de cuantas garantías tiene establecidas el legislador en materia de procedimiento a favor de los interesados, principio cuya aplicación supone en el caso la identificación de las actividades publicitarias prohibidas que han sido objeto de la acción restablecedora municipal que pretende el pago de gastos derivados de la limpieza de fachadas, y que aunque, sin duda, prolijo y de no cómoda plasmación en el expediente, no resulta imposible si se parte de la base de que han podido computarse detalladamente las horas precisas para su eliminación, mientras que, de otra parte, resulta garantía mínima de toda actividad redundante en la exigencia de responsabilidad patrimonial, como la que se lleva acabo, por más que el expediente no detente carácter sancionador. Tal exigencia deriva, con carácter inmediato y de la legalidad ordinaria, de lo establecido en el artículo 81 LPA –hoy reiterado y acentuado por el artículo 78.1 LRJAP–, en el sentido de que la Administración desarrollase de oficio o a petición del interesado los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución”.

⁵⁶ La sentencia de 28 de febrero de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña argumentaba que: “Los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE (Cfr. TC ss 18/1981 de 8 de junio y 76/1990 de 20 de abril)”.

⁵⁷ La STC 150/1990, de 4 de octubre dice que “las normas cuya interpretación u omisiones se presentan a confusión, generarían en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos (de lo cual) podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio e seguridad jurídica”.

⁵⁸ SSTC 76/1992, de 14 de mayo, 116/1994, de 18 de abril y 195/1994, de 28 de junio, donde el tribunal opina la necesidad de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, ya que “la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la ley de presupuestos generales, no contenga mas disposiciones que las que corresponden a su función constitucional”.

que no resulta sino una consecuencia lógica, e incluso necesaria, de su carácter estructurante del ordenamiento jurídico y de su aplicabilidad a la total actividad de todos los poderes públicos.

Hay que señalar que también el Tribunal Constitucional en la sentencia 126/1987, de 16 de julio, plantea una diferencia entre la manifestación objetiva y manifestación subjetiva de la seguridad que pone a la certeza en dos planos. La primera hace alusión a la norma objetiva, que permite hablar de certeza y previsibilidad del ordenamiento; la segunda, pone a la seguridad subjetiva del ciudadano como un deseo. De esta forma, la seguridad material de la norma jurídica es la que propicia la certeza del Derecho, constituyendo el puente entre la dimensión objetiva y la subjetiva de la seguridad, garantizando el ordenamiento constitucional, que solo podrá salvaguardar los patrones objetivos de la seguridad.⁶⁰

La previsión del ordenamiento a que se hace alusión en el párrafo anterior, se toma por PEREZ LUÑO como corrección estructural del ordenamiento jurídico⁶¹ y por SAINZ DE BUJANDA como seguridad normativa⁶², aunque ésta también tiene otro punto de vista, sobre la previsibilidad en la realización, es decir, que en la aplicación del derecho se tenga la certeza de que habrá

⁵⁹ La sentencia del 18 de mayo de 1989 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana sobre este punto afirma: “La jurisprudencia propende a tratar las causa de inadmisibilidad con una clara cautela, tendiendo a que las mismas sólo sean declaradas en casos extremos y con un aquilatamiento de los supuestos concretos, pues toda pretensión tutelante de derechos materiales debe prevalecer sobre aptitudes procedimentales yugulantes, procurando que las mismas queden soslayadas cuando exista alguna posibilidad hermenéutica que permita rechazarlas y prestar a tutela solicitada; de este modo, en la tensión dialéctica de los valores jurídicos primarios –seguridad jurídica como expresión de la legalidad formal, y la justicia material- serán las circunstancias del caso concreto las que, en última instancia, motiven la conciencia judicial para dar prioridad efectiva a uno u otro valor”.

⁶⁰ C. GARCÍA NOVA. *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 73 y 74.

⁶¹ *Op. cit.* PÉREZ LUÑO. *La Seguridad ...* p. 106.

⁶² *Op. cit.* SAINZ DE BUJANDA. *Hacienda y ...* vol. III. p. 294,

concordancia con la norma o lo que es lo mismo, no habrá variaciones de criterio a la hora de resolver supuestos similares.

III. INTEGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

El principio de seguridad jurídica, como ya lo hemos visto, se le puede considerar como un conjunto de principios en lo que se refiere a la actuación administrativa y como tal es que consideraremos solo aquellos que tengan relación directa con la función dinámica de la Administración Pública. En lo que respecta al Derecho Tributario, SAINZ DE BUJANDA afirma que “la seguridad del contribuyente es un postulado primordial e irrenunciable en el seno de cualquier comunidad en que los derechos básicos de ciudadanía tengan el adecuado amparo”.⁶³

Pero antes, haremos mención de la seguridad jurídica que alude la Constitución Española con respecto a los procedimientos y en especial al procedimiento administrativo común para el cual el artículo 105 letra c) recoge la exigencia de llevarlo a cabo. Esta exigencia corresponderá al Estado tal y como dispone el artículo 149.1.18 de la Constitución, el cual tendrá la competencia para su desarrollo.⁶⁴ Y siendo congruente con lo anteriormente dicho, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 16 de noviembre)⁶⁵ en su exposición de motivos señala que “la Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto a la actividad

⁶³ *Op. cit.* SAINZ DE BUJANDA. Hacienda y ... vol. III. p. 312.

⁶⁴ Señala el artículo 149 de la CE en su apartado primero que “el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 18º ...el procedimiento administrativo común sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas...”

⁶⁵ De ahora en adelante: LRJ-PAC.

administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos *ratione materiae* que deberán respetar, en todo caso estas garantías”.

Hemos de conectar esta proyección del principio de seguridad jurídica con los demás principios del procedimiento común como son objetividad, imparcialidad, eficacia, y servicio a los intereses generales, con un sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 y .3 de la CE), haciendo a su vez, la garantía de la defensa y tutela del administrado, teniendo un mandato de homogeneidad⁶⁶ y que es aplicable a todas las administraciones públicas con la finalidad de servir objetivamente a los intereses generales (art. 3.1 LRJ-PAC).⁶⁷ También mencionaremos aunque no abarquemos el tema, el derecho a la información y asistencia que el artículo 34.1.a) de la LGT menciona y que el Tribunal Constitucional vincula al artículo 103.1 de la CE sobre el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones tributarias⁶⁸. Lo cual da a conocer con la anticipación necesaria, los criterios administrativos en la aplicación de las normas.

En lo que corresponde al tributo en la LGT, el principio de seguridad jurídica obedece a varias razones tal y como afirma CALVO ORTEGA. En primer lugar, el tributo es una obligación legal de manera que la producción y regulación de sus efectos es normalmente ajena a la voluntad de los sujetos pasivos -a

⁶⁶ STC 85/1983, de 25 de octubre.

⁶⁷ El apartado primero del artículo 103 de la CE establece que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

El apartado tercero, de recoge el imperativo de imparcialidad, al señalar que “la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

⁶⁸ En la sentencia de 10 de febrero de 2001 lo pone como una “concepción servicial de la Administración respecto de los intereses generales y respecto de la seguridad jurídica y confianza de los ciudadanos, que necesitan prever, razonablemente y en cuanto ahora importa, las consecuencias fiscales de su situación y sus operaciones”.

diferencia de la obligación contractual-. En segundo término, la producción de normas tributarias es amplia e intensa y sus mutaciones frecuentes consecuencia obligada de la variación de las situaciones económicas y de las políticas de esta naturaleza a las que la tributación debe ajustarse. Como un efecto de esta adaptación, hoy la retroactividad de las normas tributarias se discute a la luz del principio de seguridad jurídica. Finalmente, la actividad administrativa es por definición uniforme y tiende a serlo cada vez más como consecuencia de la masificación de las relaciones tributarias, lo que coloca en una situación desproporcionada a los sujetos con menor capacidad de aprehensión de obligaciones y deberes.⁶⁹

a) Objetividad

El artículo 9.3 de la CE que habla de la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, quiere hacer pensar que el procedimiento administrativo realizará una exacta ponderación de los intereses que la ley ordena proteger en cada caso, más sin embargo, la Administración tiene al mismo tiempo la facultad de juez y parte que dificulta esta función, sobre la cual el TC ha señalado que la estricta imparcialidad exigida en los órganos judiciales no es trasladable sin más a los órganos administrativos.⁷⁰

La objetividad también se demarca en el artículo 103.1 de la CE y en el artículo 3.1⁷¹ de la LRJ-PAC de tal forma que el TC la categoriza como neutralidad de la Administración⁷² la cual se entiende se debe dar en la actuación subjetiva

⁶⁹ R. Calvo Ortega. *Curso de Derecho Financiero, Derecho Tributario*, Décima Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p.75.

⁷⁰ SSTC 175/1987, de 4 de noviembre; 22/1990, de 15 de febrero; 76/1990, de 26 de abril. También Ver sentencia 76/1990, de 26 de abril (FJ 8A).

⁷¹ Art. 3.1: “Las Administraciones públicas, sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía descentralización, desconcentración, coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.”

⁷² STC 77/1985, de 27 de junio.

de la Administración frente al gobernado, en una obligación de neutralidad y de respeto al principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE).⁷³

Como señala COSCULLUELA, la objetividad impone la asepsia en la obediencia al Gobierno, que como tal tiene su propia ideología política, y que en cuanto se formaliza debidamente en normas o actos, no pueden ser discutidos por el aparato administrativo, que debe limitarse a obedecer, dentro de los márgenes en que este deber es exigible. En otro orden de ideas, la objetividad puede asimilarse al deber de imparcialidad en la acción administrativa, que supone una consecuencia derivada del principio de igualdad a escala procedimental.⁷⁴

Al momento en que se da la materialización del derecho surge una problemática en el campo administrativo, debido a que en ciertas ocasiones los intereses individuales chocan con los intereses generales, dándoles a estos últimos un primer plano en la materia, excusándolos en una potestad funcional de la Administración que necesita para hacer posibles la satisfacción de esos intereses generales y a fin de evitar una pérdida de operatividad, con lo cual lo que le queda al interés individual será el apego a ley y al derecho que estos procedimientos deberán llevar.

La interpretación que le da la Autoridad a la norma hace que hagamos especial énfasis en este principio, pues, la realidad demuestra que la Administración tiende a interpretarla de la forma más favorable a sus intereses, cercenando la confianza en el Derecho y creando arbitrariedad en su actuación, por lo cual no le queda de otra al ciudadano que llevar acabo las vías que le concede el ordenamiento jurídico en cada situación⁷⁵. Sin embargo, existe

⁷³ E. ESCUSOL BARRA Y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 85.

⁷⁴ L. COSCULLUELA MONTANER. *La Posición Ordinamental de la Ley 30/1992 y los Principios y Efectos de la Misma*, Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, Editorial Carperi, Madrid, 1993, p. 42.

⁷⁵ M. PONT MESTRES. *Estallido de la Seguridad Jurídica del Contribuyente: Expansión de la Inseguridad*, GF, No. 60, Noviembre de 1988, p. 198.

también la arbitrariedad que surge de la defectuosa redacción de las normas a interpretar y esto se debe a la dificultad que tiene la normativa perfecta y precisa.

b) Imparcialidad

Antes de dirigir nuestro estudio al procedimiento administrativo, hemos de tomar las palabras de GARCÍA DE ENTERRIA Y RAMON FERNANDEZ, y hacer hincapié que el principio de imparcialidad que consagra el artículo 103 de la CE obliga no sólo a la Administración, sino al propio legislador a la hora de regular los distintos tipos de procedimientos a asegurar, mediante técnicas orgánicas, funcionales o de ambos tipos, la mayor imparcialidad posible para hacer efectiva, también a este nivel, la proscripción de todo tipo de indefensión que categóricamente proclama el artículo 24 de la Constitución.⁷⁶

La imparcialidad es recogida por el artículo 103.3 de la CE al establecer la exigencia de la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones; de manera específica la LRJ-PAC en sus artículos 28 y 29 hace mención de este principio. El primero de dichos preceptos impone un deber expreso de abstenerse de toda intervención en el procedimiento a las autoridades y funcionarios en quienes concurra en alguna de las causas en él señaladas, es decir, amistad íntima o enemistad manifiesta, o relación de servicio o de parentesco, etc. El incumplimiento de este deber de abstención puede ser un indicio de desviación de poder, pero sólo en el caso de que se haya producido éste, apartando la decisión final del objetivo marcado por la Ley, que por lo tanto no será el resultado de la intervención del funcionario incompatible, sino la consecuencia de la ilegalidad objetiva que dicha intervención ha provocado.⁷⁷ El artículo 29 refuerza la garantía de imparcialidad de los agentes administrativos, al permitir a los afectados recusar por escrito

⁷⁶ E. GARCÍA DE ENTERRIA Y T. R. RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Thomson Civitas, Novena Edición, p. 486.

⁷⁷ Véase las Sentencias de 19, de febrero de 1975, 28 de febrero de 1975, 13 de abril de 1987, 19 de febrero de 1992.

a las personas incursoas en algunas de las circunstancias antes precisadas en cualquier momento del procedimiento.

c) Eficacia

La eficacia se puede analizar desde diferentes puntos de vista, y uno de ellos es la actividad administrativa, ya que ésta formaliza un valor o bien jurídico consistente en la realización material del interés general, tal y como éste sea predeterminado y encomendado al poder público administrativo por la ley y el Derecho. Además de formalizar este bien jurídico, el principio de eficacia administrativa determina que la Administración no pueda desempeñar su actividad como mejor considere, en aras de la eficacia, sino que una actuación administrativa para ser eficaz en sentido constitucional, debe observar el procedimiento legalmente fijado para la misma.⁷⁸ A modo de facilitar las exigencias del principio de eficacia administrativa en la aplicación de los tributos, es por lo que se regula homogéneamente el conjunto de aspectos generales y comunes de los procedimientos tributarios con las normas administrativas comunes.

La sentencia del Tribunal Constitucional 178/1989, de 2 de noviembre, vincula este principio al artículo 1.1 de la CE que proclama que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho. Tal definición debe tener como consecuencia la plasmación de los valores del Estado en Administraciones Públicas eficaces y legitimadas democráticamente que aseguren una adecuada resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

Este principio justifica constitucionalmente la potestad de autotutela de la Administración en el procedimiento de administrativo, y le da una posición de superioridad a la Administración Tributaria respecto al contribuyente, la cual ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 76/1990, de 26 de abril. Al respecto, CASADO OLLERO, dice que naturalmente en el ámbito

⁷⁸ L. PAREJO ALFONSO. “La Eficacia Como Principio de la Actuación de la Administración Pública”, Documentación Administrativa, núms. 218-219, abril-septiembre, 1989, p. 25.

de las relaciones entre la Administración fiscal y el obligado tributario no cabe pretender una relación de paridad, igualitaria, propia de la que prevalece en el orden jurídico civil, sino precisamente de supremacía-sujeción en la exigibilidad y en el cumplimiento respectivamente, de los deberes públicos de prestación, pero que en ningún caso puede suponer menoscabo a la conculcación de los derechos públicos subjetivos que resulten afectados o incididos por la imposición.⁷⁹

Este principio tiene varias manifestaciones técnicas que legitiman su funcionalidad y engrandecen su operatividad, como son el principio de economía procedimental, el principio *in dubio pro actione*, el principio de oficialidad y el principio de legalidad administrativa en esa sumisión a las normas jurídicas; lo anterior sobre todo en el despliegue de la Administración en su potestad coactiva.⁸⁰

En otro punto de vista se puede ver cómo la certeza normativa hace posible la previsibilidad del Derecho y la certeza de acción, así como la eficacia es necesaria para que exista confianza en el Derecho. Así GEIGER afirma, que la confianza en el ordenamiento es “la equivalencia psíquica de la respuesta sancionatoria como cuota de probabilidad”⁸¹. Y así también el Tribunal Constitucional señala que el principio de seguridad jurídica puede ser entendido como “la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de las normas válidas y vigentes”⁸². Así pues la eficacia jurídica equivale al cumplimiento o seguimiento efectivo de las normas por sus destinatarios, o también se puede tomar como un instrumento de medición de ciertos fines u objetivos formales, llamada efectividad.⁸³

⁷⁹ G. CASADO OLLERO. Prologo de la obra: Jurisprudencia Constitucional Tributaria, de Luís Manuel Alonso González, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 8 y 9.

⁸⁰ Op. Cít. M. L. PÉREZ DE VEGA. La Iniciación... p. 64 y 65.

⁸¹ T. GEIGER. Estudios preliminares de sociología del derecho, traducción de Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco, Comares, 2001, p. 104.

⁸² STC 147/1986, de 25 de noviembre.

⁸³ F. ARCOS RAMÍREZ. La Seguridad Jurídica, Una teoría formal, Universidad Carlos III Madrid, Dykinson, 2000, p. 44.

d) Legalidad

La seguridad jurídica en su relación con la ley no es ninguna coincidencia, pues se puede afirmar que el alma de la primera se halla en la esencia de la legalidad, por esta razón, la necesidad de que no faltaran requisitos como la precisión, la fijeza, la certeza, ha llevado a la codificación de la ley – dice LOPEZ DE OÑATE-, “pues la costumbre pese a su inmediato contacto con el espíritu colectivo, que parecía garantizar la adhesión continua de éste al principio de justicia tal como la colectividad organizada lo entendía, aparece como *ius incertum*, según la denominación que puede sacarse de un celebre pasaje de POMPONIO, y por eso debió ceder el puesto a los códigos. Salvo una que otra feliz excepción, los pueblos que no llegan a abandonar la incertidumbre del derecho consuetudinario, se inhiben de todo progreso y permanecen en un estado casi primitivo”.⁸⁴ La codificación tributaria, debido a su particularidad, presenta matices que la diferencian de las demás materias, ya que la costumbre no es algo que la delimite, haciéndola compleja y laboriosa pues la desconexión y la consiguiente yuxtaposición de las normas le proporcionan un terreno escabroso; sin embargo es necesario satisfacer la necesaria seguridad en cuanto a la vigencia de las normas y exigencias derivadas de la necesaria precisión terminológica en la redacción se refiere.⁸⁵

Así pues, dice ARCOS RAMIREZ; la escritura confiere objetividad, publicidad y fijeza a las leyes. Estas cualidades dificultan su manipulación e instrumentalización arbitraria y le confiere a la ley una certeza gracias a la que pueden ser conocidas por el ciudadano y orientarlo en su vida. La escritura sitúa al Derecho en una dimensión de racionalidad y transparencia con la ulterior búsqueda de una ordenación justa para la convivencia.⁸⁶

El artículo 1.1 CE establece que España es un Estado social y democrático de Derecho. Ello implica que los poderes públicos y los ciudadanos estén

⁸⁴ LÓPEZ DE OÑATE. *La Certeza del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Traduce, Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, p. 78.

⁸⁵ *Op. cit.* J. L. PÉREZ DE AYAL y E. GONZÁLEZ GARCÍA. *Curso...* p. 59 y 60.

⁸⁶ *Op. cit.* F. ARCOS RAMÍREZ. *La Seguridad...* p. 205.

sujetos a la Constitución y al resto de los ordenamientos (art. 9.1 CE). La legalidad la garantiza la Constitución en el artículo 9.3 y se liga en este aspecto con el artículo 103.1 del mismo ordenamiento haciéndolo de esta algo particular. Ello hace que toda actuación administrativa esté cubierta previamente por un ordenamiento que le da esa legitimidad de actuación y al mismo tiempo se tomara como fundamento de la misma actividad administrativa. Pero antes se pone en relación con lo que se dice en el párrafo 1 del mismo artículo 9, resulta ser un principio que obliga a todos los poderes del Estado, y que sus particularidades específicas se manifiesten en relación con la Administración Pública.⁸⁷ PEREZ DE AYALA y EUSEBIO GONZÁLEZ, conducen este principio en un sentido positivo a los principios de certeza y objetividad en la tributación, y en un sentido negativo a la ausencia de discrecionalidad en la Administración.⁸⁸

En su sentido más específico –dice GARRIDO FALLA-, el principio de legalidad se refiere a la sumisión al bloque de la legalidad de la actividad administrativa. Más ésta formulación genérica precisa, en el análisis jurídico que ella supone, la sumisión de los actos al igual que los órganos a las disposiciones vigentes.⁸⁹ De tal manera que toda actuación Administrativa deberá contar con una cobertura legal previa, para que resulte legítima.

Sin embargo, como dice el TC, las potestades regladas no son del todo rígidas y precisas, pues es necesario que se habilite a la administración con potestades flexibles con el uso de conceptos jurídicos indeterminados que, debiendo determinar claramente la naturaleza de la potestad y el fin con que podrá ser utilizada, dejan a estimación subjetiva de la Administración suficiente margen de apreciación para resolver sobre el uso que de ella habrá de hacer en cada caso concreto.⁹⁰ A esta discrecionalidad se le ha agregado un control

⁸⁷ *Op. cit.* F. GARRIDO FALLA. Comentarios... p. 162.

⁸⁸ J. L. PÉREZ DE AYALA y E. GONZÁLEZ GARCÍA. Curso de Derecho Tributario, Tomo I, 1991, p 27.

⁸⁹ *Op. cit.* F. GARRIDO FALLA. Comentarios... p. 163.

⁹⁰ STC 84/1982, de 23 de diciembre.

jurisdiccional que se ve claramente en la sentencia del Tribunal supremo de 11 de junio de 1991.⁹¹

En consecuencia con lo anterior, la LRJ-PAC hace referencia en su artículo 3.1 a este principio de legalidad administrativa como un principio general, pero incluye los principios de buena fe y confianza legítima que según la exposición de motivos son manifestaciones del principio de seguridad jurídica y cuyo fin en nuestra opinión, es evitar la alteración arbitraria de la actividad administrativa, con la actuación discrecional de la autoridad.

Es menester de la seguridad jurídica, preservar la confianza legítima tal y como dice la sentencia 46/1990, de 15 de marzo del TC “ya que no hacerlo es atacar a la buena fe que, ciertamente, se basa en una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas”. También, debe asegurarse “la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados”, de tal forma que se otorgue “la expectativa razonablemente fundada al ciudadano en el cual ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” (STC, 36/1991, de 14 de febrero), y que los ciudadanos estén “razonablemente seguros de la correcta interpretación de la legalidad y pueden ajustar a ella su comportamiento (STC, 49/1985, de 28 de marzo). Igualmente, “si protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan sus conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que

⁹¹ Los logros de esta sentencia son:

- A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No l es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración.
- B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho, que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas. Tales principios- artículo 1.4 del Título preliminar del Código Civil- informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquellos- la Administración no esta sometida sólo a la Ley sino también al Derecho, artículo 103 CE.

no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (STC, 150/1990, de 4 de octubre).

e) Tutela administrativa y judicial

En el respeto a la defensa y tutela del administrado, puede afirmarse que existe una proscripción constitucional a la indefensión en el procedimiento administrativo, lo cual se ha consagrado en el ordenamiento jurídico con una doble manifestación: por un lado, existe un principio o derecho de defensa ante los tribunales de justicia y por otro un derecho de defensa ante la propia Administración Pública.⁹²

Del derecho a la tutela judicial efectiva que se plasma en el artículo 24 de la Constitución Española, se deriva el derecho de defensa ante los tribunales de justicia, el cual se ocupará de dos ámbitos: los procesos judiciales y el procedimiento administrativo sancionador⁹³. Y el artículo 105.c)⁹⁴ del mismo

⁹² L. M. PÉREZ DE VEGA. *La Iniciación del Procedimiento de Apremio de las Deudas Tributarias*, Editorial Lex nova Marcial Pons, Valladolid 1998, p. 53 y 54.

Resulta de interés para esta idea, la sentencia del TS de 7 de febrero de 1992, (RA, 1484), en la que se establece que “debe diferenciarse claramente la indefensión que proscribe el artículo 24 de la Constitución vigente, de la omisión del trámite de audiencia en un procedimiento administrativo. Pues aquella indefensión se refiere al contexto constitucional, a la ausencia de garantía debida en la protección efectiva de los derechos mediante la tutela judicial efectiva, mientras que por el contrario la audiencia del interesado en el procedimiento administrativo, si bien persigue desde luego otorga a éste las debidas garantías, no guarda relación directa con la indefensión judicial”.

⁹³ Sobre este tema se puede tomar en cuenta la sentencia 18/1981, de 8 de junio del TC la cual compara la potestad del Derecho penal con la potestad sancionadora administrativa y afirma que “la interpretación finalista de la Norma Fundamental nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución”.

⁹⁴ El artículo 105 de la CE establece que “La ley regulará... c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizándose, cuando proceda, la audiencia al interesado”.

ordenamiento, es el que respalda la defensa ante la Administración pública y a la vez lo diferencia del anterior derecho. Incluso este último lleva al reconocimiento indirecto del principio de defensa ante la Administración Pública, puesto que si la indefensión que se trata de evitar con este precepto fuera la misma que la establecida en el artículo 24, aquel quedaría vacío de contenido.⁹⁵ Esta doble manifestación obedece a que una comprensión global de la estructura garantizadora establecida en el ordenamiento jurídico, debe abarcar no sólo el plano de las garantías del proceso jurisdiccional, sino también el de las garantías básicas y previstas que proyectándose en el procedimiento de gestión y aplicación de los tributos, contribuye a la prevención o evitación del proceso, y con ello a la eficacia y practicabilidad de las propias garantías procesales.⁹⁶

De esta forma y bajo estas condiciones es que el ordenamiento trata de contemplar todas las garantías, y es así como se le imponen ciertos lineamientos al procedimiento administrativo, como es el caso de la notificación recogida en el artículo 58 LRJ-PAC, que le da el derecho al gobernado a ser notificado y a tener una información bilateral que no le propicie indefensión. El deudor ha de conocer tanto los actos que inician formalmente el procedimiento así como los actos resolutivos.⁹⁷ Así como dentro del mismo procedimiento se le da al sujeto pasivo, el derecho a ser parte cuando se tiene el interés legítimo (art. 31 y 34 LRJ-PAC). Por otro lado la oficialidad del procedimiento permite a la autoridad actuar sobre el patrimonio del deudor sin más y a veces de terceros, a los cuales también se les permite ser parte en la acción de tercería. El derecho a tener acceso al expediente de apremio al ser parte, le asiste el derecho de conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los

⁹⁵ M. BALADIEZ ROJO. Validez y Eficacia de los Actos Administrativos, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 138.

⁹⁶ G. CASADO OLLERO. Tutela Jurídica y Garantías del Contribuyente en el Procedimiento Tributario, Obra colectiva Estudios de Derecho Tributario, En Memoria de M^{ra} del Carmen Bollo Arocena, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993, p. 174.

⁹⁷ La importancia de la notificación se puede ver reflejada en la sentencia del Tribunal Constitucional 137/1985, de 17 de octubre.

procedimientos en los que tenga la condición de interesado (art. 35.a LRJ-PAC). En consecuencia con lo anterior, el principio o trámite de audiencia al interesado, constituye una forma de garantía en vía administrativa de los intereses y derechos de los administrados. Por último, el derecho de alegación y prueba constituye la posibilidad de alegar las causas que a su juicio tachan de improcedente o ilícito dicho procedimiento, ya sea en el inicio, en el desarrollo o en la resolución. Por último podemos señalar el derecho de recurrir (art. 107 LRJ-PAC) que da la posibilidad al sujeto pasivo de impugnar los actos administrativos y que da pie al derecho de tutela judicial efectiva (TC, sentencia 96/1993, de 22 de marzo).

La tutela judicial efectiva reconocida por la Constitución Española en su artículo 24.1 le da la garantía al sujeto pasivo de poder impugnar los actos administrativos que causen perjuicios a sus derechos e intereses, pero a la vez entra en conflicto con la potestad administrativa que le da esa presunción *iuris tantum* de legalidad y de ejecutabilidad a los procedimientos administrativos y su ejecución forzosa, que pueden llevarse a cabo aun con la interposición de recursos administrativos y jurisdiccionales. Sin embargo, este principio de ejecutabilidad no significa que las decisiones de la Administración queden fuera del orden jurídico o puedan producir sus efectos arbitrarios.

IV. CONCLUSIÓN

La seguridad surge en el hombre como fundamento para la coexistencia ordenada, y la seguridad jurídica no hace más que perfeccionar ese sistema pero con la garantía de lo escrito en nuestro Estado moderno. Sin embargo, lo que se creía al inicio se ha visto mermado en la práctica pues este principio no ha dejado de completarse ni de contradecirse.⁹⁸

⁹⁸ A modo de observación podemos ver lo que A. GEHLEN siguiendo la concepción de HERDER estima que los hombres vendrían al mundo imperfectos fisiológicamente, inseguros en cuanto a su instinto y sin un ambiente adaptados a ellos orgánicamente. A causa de esta estructura, la vida del hombre se convierte en un riesgo permanente

La seguridad jurídica legitima la legalidad, tutela la incertidumbre de las normas aplicables, así como también su eficacia, con ello le da la certeza al ciudadano de saber a que atenerse con la codificación de las normas y su aplicación, así como el sometimiento de la Autoridad a la ley y al Derecho. Sin embargo no podemos ignorar que en muchos ámbitos de la vida social, las verdaderas guías de conducta de los ciudadanos son las normas sociales y no las jurídicas. Lo cual sólo demuestra la carencia de la producción, tanto legal como judicial, del Derecho. De esta forma, la seguridad jurídica no solo evitará la incertidumbre y la arbitrariedad, sino también actuará como un instrumento de certeza y protección de la confianza de los ciudadanos en el Derecho.

La arbitrariedad y la irracionalidad sobre ciertas actuaciones dentro de nuestro Estado Moderno, han producido una insatisfacción en algunos autores que cuestionan nuestra forma de vida o nuestra forma de haber guiado al Derecho hacia una gran cantidad de Ordenamientos que limitan nuestra libertad, pues como dijera MAQUIAVELO “aquel que deja lo que hace por lo que debiera hacer marcha a la ruina en vez de beneficiarse”. A esto le podemos añadir la imperfección natural que contiene la norma y que se aviva en cada caso particular en que la justicia y la libertad no se expresan con la vehemencia idealizada. De esta forma se puede ver a un ciudadano con sus intereses individuales llevado a menos por una autoridad que se escuda en un “interés general”.

tanto en el aspecto físico, como psicológico y cultural. De ahí que el hombre precise de instituciones sociales como el Derecho, la religión, o el arte, que compensen dichas carencias, ya que no posee la energía suficiente para calibrar, en cada momento y ante cada situación, la respuesta o reacción que han de tener. Sus decisiones y actos precisan de certeza que no se encuentran en la naturaleza, por lo que han de ser introducidas mediante un proceso de aprendizaje. En suma no puede existir un comportamiento entendido como una cadena ininterrumpida de sorpresas. El elemento sorpresa ha de ser transformado en hábito, con toda su estabilidad, previsibilidad y certidumbre (Antropologische Forschung, Hamburgo, 1961, pp. 38-44. citado por F. ARCOS RAMÍREZ. La Seguridad Jurídica Una Teoría Formal, Dykinson, 2000, p. 19.)

No debemos negar las reflexiones que día a día nos hacemos respecto al Derecho y a su actuación, pues como vimos, la norma es técnicamente imperfecta. Por ello se imponen cuestiones como: ¿hasta qué punto el Derecho puede actuar como guía y base fiable en las relaciones que regula? ¿Qué protección puede dispensar por sí mismo? ¿Qué jurista práctico no experimentó alguna vez un sentimiento profundo de vacío y de insatisfacción en su actividad? ¡Que cúmulo de leyes y, no obstante, tantas lagunas! ¡Que lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuantas oscilaciones, cuanta inseguridad, cuantas lagunas!

El principio de seguridad jurídica es un punto de atención, pues sus avances son cuestionados por la libertad y sus vacíos son reprimidos en base a la arbitrariedad, dándole así un margen de reflexión muy acotado dejándolo prácticamente a la idealización.

V. BIBLIOGRAFÍA

- A. E. PÉREZ LUÑO. *La seguridad jurídica*, 2ª edición, Editorial Ariel, Barcelona 1994.
- _____. “La Seguridad Jurídica: Una Garantía Del Derecho Y La Justicia”, BFD. Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, Segunda Época, No. 15, 2000.
- A. KAUFMAN. *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, 2ª edición, Colombia 2002.
- C. GARCÍA NOVA. *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- E. ESCUSOL BARRA y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- E. GARCÍA DE ENTERRIA y T. R. RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Thomson Civitas, Novena Edición.
- E. GARCÍA de ENTERRIA. *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.
- E. GONZÁLEZ GARCÍA. “El Principio de Seguridad Jurídica, XVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario”, Tomo I, Lima 1993.
- E. GONZÁLEZ y T. GONZÁLEZ. *Derecho Tributario*, Tomo I, Plaza Universitaria Ediciones Salamanca, 2004.
- F. ARCOS RAMÍREZ. *La Seguridad Jurídica Una Teoría Formal*, Dykinson, 2000.

- _____. *La Seguridad Jurídica, Una teoría formal*, Universidad Carlos III Madrid, Dykinson, 2000.
- F. GARRIDO FALLA. *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- F. SAINZ DE BUJANDA. *Hacienda y Derecho*, Volumen III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- G. ATALIBA. “Seguridad Jurídica”, REDF, No. 59, julio/septiembre, 1988.
- G. CASADO OLLERO. *Prólogo de la obra: Jurisprudencia Constitucional Tributaria*, de Luis Manuel Alonso González, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- _____. *Tutela Jurídica y Garantías del Contribuyente en el Procedimiento Tributario*, Obra colectiva Estudios de Derecho Tributario, En Memoria de M^a Del Carmen Bollo Arocena, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993.
- G. PECES-BARBA MARTÍNEZ. “La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho”, *Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid No. 6, 1990*.
- _____. “La Constitución y la Seguridad Jurídica”, *Claves: de Razón Práctica*, No. 138, Diciembre 2003.
- G. RADBRUCH. *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.
- H. COING. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Traducción de J. M. Mauri, Editorial Ariel, Barcelona, 1961.
- H. Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*, Séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
- HEINRICH HENKEL. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Biblioteca Política Taurus. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid 1968.
- J. GUASP. *Derecho*, Madrid, 1971.
- J. J. FERRERIO LAPATZA. “La Norma Jurídica. Condiciones a cumplir para el logro de la Seguridad Jurídica”, *xvi Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Tomo I, Principio de Seguridad Jurídica en la Creación y Aplicación del Tributo, Perú, 1993*.
- J. L. PÉREZ de AYALA y E. GONZÁLEZ GARCÍA. *Curso de Derecho Tributario*, Tomo I, 1991.
- J. PÉREZ ROYO. *Curso de Derecho Constitucional, Décima edición, Marcial Pons, Madrid 2005*.
- L. CASTAÑO GARCÍA. “Seguridad Jurídica y Derechos Individuales”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Octubre 2004, No. 37.
- L. COSCULLUELA MONTANER. *La Posición Ordinamental de la Ley 30/1992 y los Principios y Efectos de la Misma*, Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, Editorial Carperi, Madrid, 1993.
- L. M. PÉREZ de VEGA. *La Iniciación del Procedimiento de Apremio de las Deudas Tributarias*, Editorial Lex nova Marcial Pons, Valladolid 1998.

- L. PAREJO ALFONSO. “La Eficacia Como Principio de la Actuación de la Administración Pública”, Documentación Administrativa, núms. 218-219, abril-septiembre, 1989.
- LÓPEZ de OÑATE. *La Certeza del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Traduce, Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin.
- M. BALADIEZ ROJO. *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- M. KRIELE. Introducción a la Teoría del Estado, Traducción por Eugenio Bulygin, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1980.
- M. NÚÑEZ TORRES. *La Capacidad Legislativa Del Gobierno Desde El Concepto de Institución*, Ed. Porrúa, México, 2006.
- M. PONT MESTRES. “Estallido de la Seguridad Jurídica del Contribuyente: Expansión de la Inseguridad”, GF, No. 60, Noviembre de 1988.
- N. BOBBIO. *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1991.
- P. LUCAS VERDU. *Estimativa y Política Constitucionales*, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1984.
- R. CALVO ORTEGA. *Curso de Derecho Financiero*, Derecho Tributario, Décima Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2006.
- SANTI ROMANO. *El Ordenamiento Jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Traducción de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, 1963.
- T. GEIGER. *Estudios preliminares de sociología del derecho*, traducción de Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco, Comares, 2001.
- T. HOBBS. *Leviatán*, Alianza Universidad, Madrid, 1989.

ACERCA DE LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL TRIBUNAL MUNICIPAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MÉXICO

Mauricio Yanome Yesaki.*

“La Suprema Corte de Justicia, en defensa de la Constitución, para el debido cumplimiento del principio de supremacía de la norma fundamental, al dictar la resolución de la controversia constitucional deberá ordenar al legislador, omiso, renuente o negligente a emitir la norma faltante, de acuerdo con el mandato del Constituyente Permanente del propio órgano supremo jurisdiccional.”

CARLOS FRANCISCO CISNEROS RAMOS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El inciso a) de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene una obligación inexcusable de hacer a los municipios, consistente en instaurar los tribunales municipales de lo contencioso administrativo. Para tal efecto, se requiere la participación del Poder Legislativo de los Estados de la República al exigírseles la expedición de las leyes que en materia municipal sean necesarias para su instauración, de conformidad con el espíritu de la reforma municipal de 1999. Para tal efecto, se requiere la participación activa del Poder Legislativo de los Estados de la

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Monterrey, Maestro en Derecho Fiscal por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Actualmente se desempeña como Coordinador Jurídico de la Contraloría Municipal de San Pedro Garza García, Nuevo León. Sus comentarios son bienvenidos en el correo electrónico: myanome@gmail.com

República al exigírseles la expedición de las leyes que en materia municipal sean necesarias para su instauración, en un plazo que no exceda al día 21 de marzo de 2001, de conformidad con el espíritu de la reforma municipal de 1999. A esta posición doctrinal, se llegó en otra ocasión,¹ a pesar de las opiniones pronunciadas en sentido contrario.

Los municipios –hasta donde se sabe– de Tijuana, Manzanillo, León, Torreón, Querétaro y Tlaxcala ya constituyeron los órganos jurisdiccionales municipales de lo contencioso administrativo, sin embargo, éstos, a mi juicio, no cumplen con los requisitos de existencia a que se contrae la sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis radicada bajo el número 18/97, por tanto, sus sentencias no pueden gozar de la característica de definitividad para los efectos del juicio de amparo directo, al no considerar a dichos órganos jurisdiccionales como verdaderos tribunales.

Es por ello que el presente ensayo, tiene por objeto exponer y explicar los referidos requisitos, a fin de facilitar la instauración de los órganos jurisdiccionales municipales de lo contencioso administrativo que tengan la naturaleza de un verdadero tribunal administrativo; de igual manera se pretende que pueda servir de guía para que en los municipios en donde no se han instaurado, lo hagan de manera correcta; y para aquellos en donde ya existan, se corrijan los vicios o mejoren sus leyes y reglamentos para estar *ad hoc* con la norma fundante en concomitancia con la doctrina y la interpretación constitucional dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ Mauricio Yanome Yesaki. *La facultad jurisdiccional de los municipios en México*. México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Año XXXVIII. Número 114. Septiembre-Diciembre 2005. pp. 1235-1273. Visible también en la dirección electrónica siguiente: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/114/el/el11.pdf>

II. SOBRE EL CONCEPTO DE “TRIBUNAL” EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

En la constitución mexicana, si bien no existe una definición formal de “tribunal”, sí existen elementos que permiten definirlo y que son esenciales.

Conforme a la Constitución, –siguiendo lo sostenido por el distinguido jurista Miguel Bonilla López²– los tribunales son órganos estatales de carácter permanente, dado que se prohíben los especiales y se obliga a que estén previamente establecidos (artículos 13 y 14), con autonomía de decisión (artículos 13, 14 y 17) previstos en la ley, cuya función es resolver –de manera pronta, expedita, completa, imparcial y gratuita (artículo 17)– litigios concretos sobre derechos y obligaciones (artículo 14 y 17) siempre a instancia de parte (artículo 17) mediante resoluciones dotadas de autoridad (artículo 17), fundadas y motivadas (artículo 16), emanadas de procedimientos en los que se cumplan ciertas formalidades (artículo 14).

Por tanto, la misión de los órganos jurisdiccionales, revistan o no la característica de tribunal, es resolver controversias jurídicas, según lo marcado por la ley, sin importar en qué lugar del territorio nacional surja una controversia jurídica.

Sin embargo, las características que distinguen a los tribunales de otros órganos jurisdiccionales estatales, permiten determinar la procedencia ya sea del amparo directo o indirecto en contra de sus resoluciones, lo anterior encuentra su fundamento en los artículos 107 fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los numerales 44, 46 y 158 de la Ley de Amparo y 107 fracción VII de la norma fundante mexicana y 114 fracción II, de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 del mismo ordenamiento, en consecuencia, la diferencia fundamental entre el amparo directo y el indirecto, obedece al hecho de que la autoridad responsable sea o no considerada como un verdadero “tribunal”.

² Miguel Bonilla López. *Sobre el concepto de “tribunal” en el sistema jurídico mexicano. El caso del Consejo Tutelar de Menores. México*, Juez. Cuadernos de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal. Volumen 1, Número 1, Otoño de 2002. p. 136.

Así se colige, de las hipótesis previstas por los artículos 158, párrafo primero, y 114, fracción II, de la Ley de Amparo, pues el primero hace referencia a tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, como condición de procedencia para la vía directa; y, el segundo, en concordancia con aquél, reserva la vía indirecta para la impugnación de los actos que “no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo”.

Miguel Bonilla López, ha enumerado las características que deben reunir los órganos jurisdiccionales denominados propiamente “tribunales” y que son los siguientes a saber:

- a) El órgano en cuestión debe ser de naturaleza pública y estar prefigurado genéricamente en el texto constitucional.
- b) Ha de ser de carácter permanente, y no circunstancial, efímero o especial.
- c) Su existencia, atribuciones y organización han de estar previstas en una norma jurídica general, abstracta e impersonal, expedida por los órganos legislativos federal o locales.
- d) Entre sus funciones ha de estar la de aplicar el derecho para solucionar disputas jurídicas concretas (litigios), seguidos siempre a instancia de parte.
- e) Debe gozar de autonomía, a efectos de resolver la disputa con imparcialidad e independencia.
- f) La solución de tales conflictos ha de hacerse mediante resoluciones en las que se individualicen normas jurídicas (esto es, que se asignen derechos y obligaciones) dotadas de sentido de autoridad (obligatorias y coercibles), con fundamentación y motivación.
- g) Tales resoluciones han de emanar de procedimientos seguidos en forma de juicio, previstos expresamente en leyes emitidas por los órganos legislativos.
- h) En ese procedimiento deben respetarse ciertas garantías procesales a las que se califica de “formalidades esenciales”.
- i) Deben actuar expedita, pronta, imparcial y gratuitamente.

En conclusión, se estará en presencia de un “tribunal” propiamente dicho, cuando reúna las características antes apuntadas y contra las resoluciones que emita proceda el amparo directo o uniisntancial.

III. SOBRE EL CONCEPTO DE “TRIBUNAL ADMINISTRATIVO” EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Para conceptualizar la acepción “tribunal administrativo”, conviene recordar que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tampoco existe una definición formal, no obstante, sí existen elementos que permiten definirlo y que son esenciales.

Tradicionalmente los tribunales, se han identificado como órganos pertenecientes al Poder Judicial, sin embargo, la propia Carta Magna, en los numerales 73, fracción XXIX-H, 115, fracción II, inciso a) 116, fracción V, y 122, Base Quinta, todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, autoriza a los órganos de gobierno, con facultades para legislar, para que puedan crear tribunales administrativos.

Lo anterior es así, pues siguiendo lo resuelto en la sentencia de fecha 25 de agosto de 2004, relativa al Amparo en Revisión número 2444/2003, promovido por José Enrique Corella Gordillo, el Ministro Ponente Juan N. Silva Meza sostuvo, que:

“Es verdad que en términos del artículo 17 de la Carta Magna, toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes. Empero, de este precepto no se desprende que los órganos pertenecientes al Poder Judicial son los únicos encargados de administrar e impartir justicia, ni que los organismos que formalmente son integrantes del Poder Ejecutivo tienen impedimento para sustanciar procedimientos administrativos y emitir resoluciones o fallos.

Tanto es así que en el artículo 73, fracción XXIX-H de la propia Constitución, se faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes que

instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, que no pertenecen al Poder Judicial, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para establecer las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

En esas condiciones, es incuestionable que la garantía de la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Carta Magna, que radica en el derecho público subjetivo que todo gobernado tiene en los términos que fijan las leyes, para acceder de manera expedita a obtener el servicio público de administración e impartición de justicia, está a cargo del Poder Público del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, mas no únicamente a cargo de este último, como una correlativa obligación de instituir la administración de justicia con el carácter de servicio público, para lo cual debe crear tanto los tribunales como los demás organismos que por razones de economía, prontitud y especialización material, coadyuven en la tarea de administrar justicia.

Es por ello que aún cuando no forman parte del Poder Judicial Federal existen en el sistema jurídico nacional varios organismos que participan en tareas jurisdiccionales, tales como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Superior Agrario, el Supremo Tribunal Militar, entre otros.

De lo expuesto en los párrafos que anteceden se deduce que la administración e impartición de justicia que tutela el artículo 17 de la Constitución Federal, puede llevarse a cabo por órganos del Estado que aunque no son formalmente integrantes del Poder Judicial, están en aptitud de realizar actos en sentido material e intrínsecamente jurisdiccionales, sin importar que el órgano estatal que los realice pertenezca al Poder Legislativo, al Poder Judicial, o al Poder Ejecutivo, siempre y cuando la ley les autorice la realización de esta actividad.”

En síntesis, el artículo 17 en armonía con los numerales 73, fracción XXIX-H, 115, fracción II, inciso a) 116, fracción V, y 122, Base Quinta, todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permiten el

establecimiento de los órganos jurisdiccionales denominados “tribunales administrativos” los cuales deberán reunir las mismas características apuntadas en el apartado que antecede para los “tribunales”, sin embargo, se exige, entratándose de “*tribunales administrativos municipales*”, además de los requisitos anteriores, el que las legislaturas locales en las leyes que en materia municipal expidan, establezcan las bases generales para su existencia, es decir, bastará con que dicha ley previera su existencia, sin necesidad de que se detallara su estructura y organización, puesto que el funcionamiento de tales tribunales, será regulado mediante la aprobación del reglamento municipal respectivo.

A esta conclusión, se llega de la lectura de la interpretación realizada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al contenido del inciso a) de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la sentencia fallada en sesión del 22 de octubre del 2004, al resolver la contradicción de tesis 147/2004 entre las suscitadas entre el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del mismo Circuito con residencia en la Ciudad de Tijuana Baja California, la cual en la parte conducente señaló:

“... ”

De lo que se infiere, que las Legislaturas de los Estados tienen la obligación de expedir leyes con el objeto de establecer:

- Las bases generales de la administración pública municipal; y,
- Las bases generales “del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad.”

Resultando importante destacar, que el precepto en cuestión no hace referencia específica a recursos administrativos, ni a autoridades competentes para conocer de ellos, sino que alude expresamente a la existencia de órganos específicos encargados, no de revisar la legalidad de los actos de la administración, sino de dirimir controversias entre la administración y los particulares, que es la nota característica del contencioso administrativo,

por lo que el texto constitucional puede entenderse referido tanto al recurso como al juicio contencioso administrativo, lo que corresponderá determinar a cada legislatura en las bases generales que al efecto emita.

En efecto, si las leyes expedidas por las Legislaturas Locales en materia municipal pueden válidamente establecer las bases generales relativas a los órganos encargados de dirimir controversias entre la administración pública municipal y los particulares, debe necesariamente entenderse que no existe impedimento alguno para que tales “*órganos*” tengan carácter de tribunales administrativos.

Debiendo quedar precisado, que el Legislador al modificar el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución Federal de la República, tuvo la intención de otorgar a los ayuntamientos, facultades amplias para normar en forma directa y espontánea las materias de su competencia, así como los procedimientos y servicios necesarios para ello, esto es, como “*el procedimiento contencioso administrativo*”, como se infiere de la exposición de motivos relativa, que en lo conducente, dice:

“a) Los ayuntamientos poseerán facultades para expedir bandos de policía y buen gobierno, reglamentos que regulen la organización de la administración pública municipal, el funcionamiento de sus órganos administrativos, desconcentrados y descentralizados, la distribución de competencias y facultades entre las dependencias y el nombramiento de sus titulares; así como aquellos que sean necesarios para normar las materias, procedimientos y servicios de su competencia; circulares y disposiciones de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones.

b) Las legislaturas expedirán las bases normativas conforme a las cuales los municipios ejercerán las facultades que esta constitución les confiere, limitándose al establecimiento de principios generales de procedimiento administrativo, garantizando los principios de igualdad, transparencia, audiencia y defensa y de legalidad, de acuerdo con la ley que para tal efecto deberán establecer las legislaturas de los estados.

c) Las bases normativas municipales a que se refiere la fracción anterior, no podrán en ningún caso, establecer procedimientos de nombramiento o designación de servidores públicos municipales que no sean miembros del ayuntamiento; ni podrán establecer la organización administrativa interna, ni constituir a la propia legislatura ni algún otro órgano distinto a los

ayuntamientos como instancia de decisión o resolución administrativa por encima del propio ayuntamiento.”

Establecido lo anterior, es importante establecer que el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución Federal, únicamente faculta a las Legislaturas Locales para expedir leyes en materia municipal en las que se contengan “**bases generales**”, lo que significa que, en caso de que la Legislatura Local decidiera depositar en tribunales de lo contencioso-administrativo la función de dirimir controversias entre la administración pública municipal y los particulares, bastaría con que la ley previera su existencia y diera las bases, sin necesidad de que se detallara su estructura y organización.

En tales condiciones, debe concluirse que, en términos de lo dispuesto por el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Legislaturas Locales pueden válidamente consagrar, en las leyes en materia municipal que expidan, las bases generales para la existencia de tribunales municipales de lo contencioso-administrativo, encargados de dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares, lo que se traduce, a su vez, en que los ayuntamientos tienen facultades para aprobar reglamentos en los que se regule el funcionamiento de tales tribunales.

Ahora bien, para que los tribunales así concebidos puedan considerarse como verdaderos “tribunales de lo contencioso administrativo” para efectos de procedencia del amparo directo, será necesario que ejerzan una verdadera función jurisdiccional, la cual se caracteriza porque a través de ella se dirimen controversias por un órgano dotado de plena autonomía e independencia.”

IV. LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA DE LOS TRIBUNALES MUNICIPALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Lo expuesto en la parte final del apartado anterior, en concomitancia con la interpretación constitucional realizada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 18/97 sustentada entre los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Noveno Circuito con residencia en la Ciudad de Victoria, Tamaulipas, dictada en fecha

04 de noviembre de 1997, mediante la cual estableció las notas distintivas de los tribunales de lo contencioso administrativo, permite conocer todos y cada uno de los requisitos de existencia que deben contener los órganos jurisdiccionales municipales de lo contencioso administrativo en México, para que las sentencias que dichos tribunales emitan sean revisadas en alzada a través del amparo directo o uniinstancial. Para una mejor comprensión, se estima oportuno transcribir la jurisprudencia, nacida con motivo de aquella contradicción, la cual señala a la letra, lo siguiente:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. SUS NOTAS DISTINTIVAS PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO DIRECTO. Los artículos 73, fracción XXIX-H, 116, fracción V, y 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, facultan al Congreso de la Unión, a las Legislaturas Locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, respectivamente, para crear tribunales de lo contencioso-administrativo con plena autonomía para dictar sus fallos. De conformidad con esas normas supremas, para que una autoridad administrativa, al realizar funciones jurisdiccionales, tenga la naturaleza de tribunal administrativo y, por ende, sus resoluciones sean susceptibles de reclamarse en amparo uniinstancial, se requiere: a) Que sea creado, estructurado y organizado mediante leyes expedidas por el Congreso de la Unión o por las Legislaturas Locales; b) Que el ordenamiento legal respectivo lo dote de autonomía plena para fallar con el fin de garantizar su imparcialidad e independencia; y c) Que su función sea la de dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares. *No. Registro: 196,515. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa, Constitucional. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VII, Abril de 1998. Tesis: P/J. 26/98. Página: 20.* Contradicción de tesis 18/97. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Noveno Circuito. 4 de noviembre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Juan José Franco Luna. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el treinta de marzo en curso, aprobó, con el número 26/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a treinta de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

En mérito de todo lo antes expuesto, para los efectos de este estudio, primeramente se distinguirán entre el tipo de requisitos que deben reunir los tribunales municipales de lo contencioso administrativo, según la perspectiva del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo estos los constitucionales y complementarios, es decir, se consideran los primeros a las características que deben reunir los órganos jurisdiccionales encargados de impartir la justicia administrativa municipal para que sean considerados verdaderos tribunales, entre los cuales se encuentran: *a)* que sea creado, estructurado y organizado por las constituciones locales y las leyes expedidas por las legislaturas de los Estados; *b)* que el ordenamiento legal respectivo lo dote de autonomía para fallar y *c)* que su función sea la de dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares; en tanto que se reputan requisitos complementarios en el ámbito de su actuación, aquéllos que si bien no son indispensables para que el órgano jurisdiccional que se constituya pueda funcionar, también lo es que resultan necesarios para que dicho tribunal revista tal denominación y son los que a continuación se apuntan: *a)* que se garantice su autonomía, independencia e imparcialidad; *b)* que se constituya en forma permanente para el fin que fue creado; *c)* que tenga un lugar o sede específico de funcionamiento; *d)* que sus resoluciones tengan la fuerza de cosa juzgada y *e)* que esas resoluciones puedan ser ejecutadas por sí o por autoridades designadas en la ley respectiva.

Ahora bien, administrando la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con los requisitos que la doctrina aporta para considerar que un órgano jurisdiccional revista la característica de tribunal administrativo, se reputan requisitos constitucionales los siguientes: *a)* el órgano en cuestión debe ser de naturaleza pública y estar prefigurado genéricamente en el texto constitucional; *b)* su existencia, atribuciones y organización han de estar previstas en una norma jurídica general, abstracta e impersonal, expedida por los órganos legislativos federal o locales; *c)* entre sus funciones ha de estar la de aplicar el derecho para solucionar disputas jurídicas concretas (litigios), seguidos siempre a instancia de parte; *d)* sus resoluciones han de emanar de procedimientos seguidos en forma de juicio, previstos expresamente

en leyes emitidas por los órganos legislativos, y e) en ese procedimiento deben respetarse ciertas garantías procesales a las que se califica de “formalidades esenciales”. En cambio se consideran requisitos complementarios los que a continuación se señalan: a) ha de ser de carácter permanente, y no circunstancial, efímero o especial; b) debe gozar de autonomía, a efectos de resolver la disputa con imparcialidad e independencia; c) la solución de los conflictos ha de hacerse mediante resoluciones en las que se individualicen normas jurídicas (esto es, que se asignen derechos y obligaciones) dotadas de sentido de autoridad (obligatorias y coercibles), con fundamentación y motivación; d) deben actuar expedita, pronta, imparcial y gratuitamente. Por tanto, se pasará a analizar cada uno de ellos de manera detallada.

Por cuanto hace al primer requisito constitucional consistente en que *sea estructurado y organizado por las constituciones locales y las leyes expedidas por las legislaturas de los Estados*, tiene por objeto establecer las bases generales del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad, dejándole a los Municipios la facultad de emitir reglamentos, que, entre otras cosas, organicen la administración pública municipal y regulen sus procedimientos de conformidad con las leyes que para tal efecto expida la legislatura local a la cual pertenecen.

En consecuencia, del análisis realizado a la legislación de los municipios de Tijuana, Manzanillo, León, Torreón, Querétaro y Tlaxcala, se advierte a *grosso modo* que ninguno de los Municipios antes mencionados a pesar de contar con órganos jurisdiccionales municipales, éstos no se pueden estimar que sean verdaderos tribunales y mucho menos que puedan comprenderse bajo la denominación de “tribunales administrativos” puesto que sus sentencias, resultan ser simplemente resoluciones, es decir, son procedimientos en forma de juicio seguidos por autoridades distintas de los tribunales a que se refiere el artículo 158 de la Ley de Amparo.

Lo anterior, es así, pues para normar el criterio de los lectores, cabe resaltar lo resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

en la sentencia correspondiente a la contradicción de tesis 26/2003, dictada en fecha 25 de abril de 2003, en la cual se exponen y desarrollan los fundamentos, motivos y circunstancias por las cuales no puede ser considerado el Tribunal de Justicia Municipal de Torreón, Coahuila, como un verdadero tribunal administrativo. Igualmente, mediante diversa sentencia de fecha 22 de octubre de 2004, dictada dentro de los autos que integran la contradicción de tesis número 147/2004, la Segunda Sala del más Alto Tribunal de Justicia, arribó a la misma conclusión, entratándose del Tribunal Municipal de Tijuana.

A fin de dejar claramente establecida la posición interpretativa de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en este punto que se analiza, a continuación, se transcriben las jurisprudencias que derivaron de las citadas contradicciones de tesis, las cuales son al tenor siguiente:

TRIBUNAL DE JUSTICIA MUNICIPAL DE TORREÓN, COAHUILA. SUS RESOLUCIONES DEFINITIVAS (COLEGIADAS O UNITARIAS) SON IMPUGNABLES EN AMPARO INDIRECTO. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia P./J. 26/98, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VII, abril de 1998, página 20, determinó que de conformidad con los artículos 73, fracción XXIX-H, 116, fracción V y 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que facultan al Congreso de la Unión, a las Legislaturas Locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, respectivamente, para crear tribunales de lo contencioso-administrativo con plena autonomía para dictar sus fallos, para que una autoridad administrativa, al realizar funciones jurisdiccionales, tenga la naturaleza de tribunal administrativo y, por ende, sus resoluciones sean susceptibles de reclamarse en amparo uniinstancial, se requiere: a) Que sea creado, estructurado y organizado mediante leyes expedidas por el Congreso de la Unión o por las Legislaturas Locales; b) Que el ordenamiento legal respectivo lo dote de autonomía plena para fallar con el fin de garantizar su imparcialidad e independencia; y, c) Que su función sea la de dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares. En congruencia con lo antes expuesto, y del análisis de las disposiciones relativas de la Constitución Política del Estado de Coahuila y Código

Municipal de esa entidad federativa, así como del Reglamento de Justicia Municipal de Torreón, se concluye que el Tribunal de Justicia Municipal de Torreón, Coahuila (integrado por el Juzgado Colegiado Municipal y los Juzgados Unitarios Municipales), reviste la característica de autoridad para efectos del amparo, en virtud de que sus resoluciones gozan de unilateralidad, por las que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afectan la esfera legal del gobernado, pero no tiene el carácter de “tribunal administrativo” para la procedencia del amparo directo en contra de sus resoluciones, pues si bien es cierto que su función es la de dirimir conflictos entre el Municipio o sus funcionarios y los particulares, también lo es que aun cuando su creación deriva del Código Municipal, su estructura y organización no están previstas en ley, sino en un reglamento expedido por el Ayuntamiento de Torreón en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Carta Magna, en correlación con el artículo 67, fracción XXX, de la Constitución Local y el Código Municipal aludido; en su integración y funcionamiento no es autónomo, pues el Juzgado Colegiado, que hace las veces de segunda instancia, está integrado por funcionarios del Ayuntamiento, que originariamente tienen asignadas funciones específicas dentro del gobierno, por las que reciben un salario, lo cual genera un nexo de dependencia con aquél, además de que el Presidente del Tribunal y los Jueces Unitarios son designados por el Ayuntamiento, a propuesta del Presidente Municipal; tampoco se encuentra garantizada la permanencia de los Jueces municipales, ya que durarán en el cargo el tiempo que constitucionalmente permanezca el Ayuntamiento que los nombró, aunque el Presidente del Tribunal pueda ser ratificado, ya que no existe garantía objetiva de ello. En consecuencia, en términos del artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, debe reconocerse a los Juzgados Colegiados o Unitarios, que conforman el Tribunal de Justicia Municipal, el carácter de autoridad distinta de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y los procedimientos que observan en los conflictos que dirimen por disposición legal -resueltos en forma definitiva-, se pueden reconocer como procedimientos seguidos en forma de juicio a que alude el dispositivo citado, pues los preceptos que los regulan prevén la presentación de una demanda, su contestación, la posibilidad de ofrecer pruebas y rendir alegatos, y el dictado de un fallo, los cuales constituyen elementos similares a los de un

juicio; por tanto, sea que las violaciones se hayan cometido en el procedimiento o en la propia resolución, el amparo promovido contra los fallos definitivos dictados por dicho órgano municipal de manera colegiada o unitaria debe tramitarse en la vía indirecta ante el Juez de Distrito. Registro No. 184256. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVII, Mayo de 2003. Página: 258. Tesis: 2a./J. 38/2003. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Contradicción de tesis 26/2003-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero, Segundo y Tercero, todos del Octavo Circuito. 25 de abril de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Óscar Rodríguez Álvarez. Tesis de jurisprudencia 38/2003. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta de abril de dos mil tres. Nota: La tesis P./J. 26/98 citada aparece publicada con el rubro: "TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. SUS NOTAS DISTINTIVAS PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO DIRECTO."

TRIBUNAL UNITARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL DE TIJUANA, BAJA CALIFORNIA. SUS RESOLUCIONES DEFINITIVAS SON IMPUGNABLES EN AMPARO INDIRECTO. Para que las sentencias de los tribunales municipales de lo contencioso administrativo, cuya existencia prevé el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puedan ser reclamables en amparo directo, es necesario que la función jurisdiccional que aquellos ejerzan al dirimir las controversias de su competencia se lleve a cabo con plena autonomía e independencia, características de que carece el Tribunal Unitario Contencioso Administrativo Municipal de Tijuana, Baja California, ya que si bien es cierto que el artículo 46 de la Ley del Régimen Municipal para el Estado de Baja California, estatuye como regla general que los Ayuntamientos instituirán en su reglamento un órgano de lo contencioso administrativo con autonomía y definitividad en su resoluciones, también lo es que conforme al artículo 60. del Reglamento de Justicia para el Municipio de Tijuana, Baja California, dicho tribunal no tiene la función de dirimir conflictos entre la administración pública municipal y los particulares, con plena autonomía, sino la de conocer del recurso de revisión respecto de las resoluciones que las dependencias

emitan con motivo del recurso de reconsideración y que, asimismo, conocen en segunda instancia de las resoluciones de los Jueces Municipales respecto del recurso de inconformidad; además, según el artículo 33 del ordenamiento últimamente citado, sus resoluciones favorables a los particulares son impugnables a través del procedimiento de lesividad ante el Ayuntamiento, el cual adoptará la resolución definitiva que corresponda. A lo anterior debe agregarse que el titular del tribunal es nombrado por el propio Ayuntamiento a propuesta del Presidente Municipal, ocupará el cargo por el mismo periodo que aquél y podrá ser removido en cualquier momento por causa justificada. En consecuencia, en términos del artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, debe concluirse que el Tribunal Unitario Contencioso Administrativo Municipal de Tijuana, Baja California, carece de autonomía e independencia y, por tanto, sus resoluciones, ya sea por violaciones cometidas en el procedimiento o en la propia resolución, deben ser impugnadas en amparo indirecto. **Registro No. 179149. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Febrero de 2005. Página: 323. Tesis: 2a./J. 4/2005. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa.** Contradicción de tesis 147/2004-SS. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del mismo circuito. 22 de octubre de 2004. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Roberto Martín Cordero Carrera. Tesis de jurisprudencia 4/2005. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintiuno de enero de dos mil cinco.

Siguiendo los criterios sustentados por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación antes apuntados, en concomitancia con lo resuelto en la controversia constitucional 46/2002, promovida por el Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León, en contra del Poder Legislativo del mismo Estado, por la omisión en la expedición de las disposiciones legales en materia municipal sobre las bases de procedimientos administrativo, incluyendo medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias la administración pública municipal y los particulares, el suscrito, en fecha 09 de marzo de 2006 y ratificadas el día 10 del mismo mes y año, presentó dos iniciativas de ley,

ante la Oficialía de Partes del H. Congreso del Estado de Nuevo León, consistentes la primera, en reformar la fracción XLV del artículo 63 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León y los artículos 169 y 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León y la segunda, referente a la Ley de Justicia Contencioso Administrativa para los Municipios del Estado de Nuevo León, para permitir el establecimiento de los tribunales municipales de lo contencioso administrativo que cumplan con los requisitos de existencia a fin de que sean dichos órganos jurisdiccionales municipales considerados verdaderos tribunales para los efectos del amparo directo y que sus sentencias sean revisadas en alzada a través de los Tribunales Colegiados de Circuito, asimismo, que dichos órganos jurisdiccionales sean considerados como órganos constitucionales autónomos estatales.

Las anteriores iniciativas se presentaron con el objetivo de que el Poder Legislativo del Estado de Nuevo León realizara las adecuaciones pertinentes a la Constitución Estatal, así como a los ordenamientos secundarios en concordancia con el espíritu de la reforma al inciso a) de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en consecuencia, lograr una verdadera autonomía municipal que contenga tanto las funciones como las atribuciones que le otorga y concede la norma fundante mexicana.

Como consecuencia de ello, la LXXI Legislatura del Congreso del Estado, a través de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales convocó el pasado 14 de septiembre del 2007 a destacados especialistas en materia municipal para celebrar el Foro denominado “Municipio, Hacia un Gobierno Autónomo y Responsable”, de cuyas conclusiones en concordancia con las iniciativas antes señaladas, se establece la base jurídica para la instauración de un Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo para el Estado de Nuevo León, a fin de cumplir con el espíritu de la referida reforma constitucional y acatar lo resuelto en la sentencia de la controversia constitucional 46/2002.

Con relación al segundo requisito constitucional referente a que *el ordenamiento legal respectivo lo dote de autonomía para fallar*, es importante señalar que, a diferencia de los artículos 73, fracción XXIX-H, 116,

fracción V y 122, Base Quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que imponen expresamente la obligación de instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, en el ámbito federal, como estadual y del Distrito Federal, el artículo 115, fracción II, inciso a) del mismo Magno Ordenamiento, simplemente encomienda a las legislaturas estatales a otorgar las bases generales del procedimiento administrativo municipal, incluyendo medios de impugnación y órganos para dirimir controversias entre la administración y los particulares pero, se insiste, no se refiere de manera expresa el requisito de plena autonomía para dictar sus fallos, como una característica *sine qua non* que deban gozar los tribunales municipales de lo contencioso administrativo para que sean considerados verdaderos tribunales.

Cabe agregar que del contenido del artículo 115 constitucional, se desprende que la justicia municipal sólo está sujeta a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad, mas nunca se señala, como sí lo hacen los artículos 73, fracción XXIX-H, 116, fracción V, y 122, Base Quinta, de la Carta Magna, tratándose de los tribunales contencioso administrativos, el requisito de autonomía plena para fallar.

Pero, como ya ha quedado apuntado, ese requisito de autonomía plena para fallar, si bien no es obligatorio en términos constitucionales para que se pueda considerar como un verdadero tribunal municipal de lo contencioso administrativo, también lo es que dicho requisito es indispensable para que sus sentencias puedan ser ejecutadas, lo que hace que concatenados dichos requisitos, se impone obligatorio el mismo para el efecto de hacer cumplir las sentencias dictadas por dicho órgano jurisdiccional.

Finalmente, como tercer requisito constitucional se tiene que, *su función sea exclusivamente la de dirimir conflictos que se susciten entre la administración pública y los particulares*, característica que se refiere a que el objeto del proceso administrativo que se lleve a cabo por los órganos jurisdiccionales administrativo municipales es el de resolver las controversias y los conflictos que se susciten entre la administración pública municipal y los particulares exclusivamente, es decir, es uno de los medios de defensa con

que cuenta el gobernado para defenderse de un acto lesivo de la autoridad municipal.

Luego entonces, la competencia de dichos órganos jurisdiccionales municipales, no puede ser como acontece en el Tribunal de Justicia Municipal de Torreón, Coahuila, en el cual a grosso modo se le otorga la facultad a los Juzgados Unitarios de conocer de las quejas contra servidores públicos municipales, o bien como sucede en el Tribunal Contencioso Administrativo Municipal de Tijuana, Baja California y el del Municipio de León, en Guanajuato, los cuales conocen de la revisión de los recursos administrativos.

Consecuentemente, deberá otorgarse a los tribunales municipales de lo contencioso administrativo la competencia exclusiva para conocer de los asuntos relativos a la materia municipal como se expuso en otra ocasión,³ a través de las leyes que al efecto tiene la obligación de expedir la Legislatura Estatal a la que pertenezcan los Ayuntamientos, para que se encuentren *ad hoc* con la interpretación dada al contenido de la fracción II inciso a) del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver en definitiva en sesión del día 10 de marzo de 2005 la controversia constitucional 46/2002 promovida por el Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León, en contra del Poder Legislativo del Estado de Nuevo León. Igualmente, es de hacer notar que, en fecha 09 de marzo de 2006 se presentó otra iniciativa en el mismo sentido, con el único propósito de ampliar la competencia del referido órgano jurisdiccional municipal a fin de permitir el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de los Municipios del Estado de Nuevo León.

Para concluir esta intervención, solo resta abordar *los requisitos complementarios* que deben tener los tribunales municipales de lo contencioso administrativo en el ámbito de su actuación, si bien no son indispensables para que el órgano jurisdiccional que se constituya pueda funcionar tal, también lo es que, resultan necesarios para que revista la denominación de un verdadero

³ Mauricio Yanome Yesaki. *La facultad jurisdiccional de los municipios en México*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Año XXXVIII. Núm. 114 Septiembre-Diciembre 2005. pp. 1267-1271.

“tribunal”. Dichos requisitos complementarios son a saber los siguientes: primero, que se garantice su autonomía, independencia e imparcialidad; segundo, que se constituya en forma permanente para el fin que fue creado; tercero, que tenga un lugar o sede específico de funcionamiento; cuarto, que sus resoluciones tengan la fuerza de cosa juzgada; y quinto, que esas resoluciones puedan ser ejecutadas por sí o por las autoridades designadas en la ley respectiva.

Por cuanto hace al primer requisito, éste se refiere a la autonomía e independencia que debe existir entre el tribunal municipal de lo contencioso administrativo frente a la administración pública municipal activa, es decir, deben de ser constituidos de manera preferente como órganos constitucionales autónomos,⁴ con el objeto de evitar la dependencia jerárquica entre el Titular del citado órgano jurisdiccional con el Presidente Municipal y lograr a la vez una mayor independencia al resolver los asuntos de su competencia.

Siguiendo el mismo orden de ideas, para que exista verdaderamente independencia e imparcialidad en el órgano jurisdiccional municipal, necesario será que dicho órgano se integre por personal calificado distinto de la administración pública municipal activa. Inclusive para el nombramiento de sus funcionarios se estima conveniente crear un Instituto de Capacitación, el cual tenga como una de sus funciones principales seleccionar al mejor de los candidatos para ocupar los puestos vacantes, así como su renovación periódica.

Es de hacer notar que, el requisito de autonomía del tribunal municipal de lo contencioso administrativo frente a la administración pública municipal activa, no es exigido constitucionalmente para la impartición de la Justicia Municipal, ya que se debe partir de la idea de la limitación presupuestal que tienen los

⁴ Sobre este particular, véase el artículo autoría del suscrito intitulado: *Fundamentos para transformar a los tribunales administrativos en órganos constitucionales autónomos en México. Propuestas y justificación para su consecución*. Revista Iustitia No. 14. Abril 2006, correspondiente al mes de abril de 2006 publicada por el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Sede Monterrey. pp. 229-289.

municipios (por regla general), lo que materialmente les impide asignar una partida monetaria que les permita contar con órganos jurisdiccionales autónomos.

Por ello, si el Reglamento en cuestión señala que la Justicia Municipal, será ejercida por el Ayuntamiento a través de los Juzgados Municipales, o bien por un Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo y este depende administrativamente del Presidente Municipal genera la ausencia del requisito complementario de autonomía, situación que pudiese generar un escenario similar al del entonces denominado Tribunal Fiscal de la Federación, cuando éste fue constituido allá por el año de 1936, por lo que deberá procurarse que dicho órgano jurisdiccional municipal, sea constituido como un órgano constitucional autónomo –siguiendo la definición apuntada por Yasbe Manuel Carrillo Cervantes⁵– para evitar las suspicacias que en su momento generó la instauración del ahora denominado Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

En consecuencia, se estima conveniente que los tribunales de lo contencioso administrativo municipales sean creados como órganos constitucionales-jurisdiccionales autónomos e independientes del Presidente Municipal a fin de garantizar de manera eficiente el requisito de autonomía orgánica que debe contener todo tribunal administrativo.

Finalmente, los requisitos de autonomía e independencia deben considerarse atributos que garanticen la seguridad jurídica que persigue la división de poderes y el sistema jurídico que rige la vida de la nación mexicana, de modo que, si el órgano jurisdiccional que se constituya, no los reúne,

⁵ A decir de Yasbe Manuel Carrillo Cervantes, los órganos constitucionales autónomos son aquellos: “órganos públicos con independencia en sus decisiones y estructura orgánica, depositarios de funciones estatales que se buscan despolitizar, especializar, agilizar, independizar, controlar y hacer más transparentes ante la sociedad, teniendo la misma igualdad constitucional ante los otros tres depositarios tradicionales del poder público y, por tanto, deben ser considerados como órganos inmediatos del Estado.” *La división de poderes y los órganos constitucionales autónomos en México, propuestas para la reforma del Estado* Disponible [en línea]: <http://www-azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/39-12.html>

entonces ha de ubicarse a dicho órgano como una autoridad administrativa y no como tribunal, para efectos del amparo.

En relación con el segundo requisito complementario, consistente en que *se constituya en forma permanente para el fin que fue creado*, dicha característica se colma cuando los funcionarios nombrados duren en su encargo un período mayor a aquél que ocupará el funcionario que los designe, particularmente el Presidente Municipal.

Lo anterior, impide que los funcionarios del órgano jurisdiccional municipal sean nombrados para ejercer el cargo, únicamente el periodo constitucional que dure el Ayuntamiento que los nombró, sin ser suficiente que dichos funcionarios puedan ser ratificados, ya que no existe ninguna garantía objetiva de ello para asegurar el requisito de imparcialidad que toda sentencia debe contener.

Por otra parte, el nombramiento de los integrantes designados para laborar en el órgano jurisdiccional, deberá ser exclusivamente para ocupar ese cargo, salvo el de la docencia.

El tercer requisito complementario se refiere a que *se tenga un lugar o sede específico de funcionamiento*, el cual consiste en que exista un lugar cierto donde se realice la actividad jurisdiccional municipal. Lo que se pretende evitar es que exista incertidumbre para los ciudadanos del lugar físico a donde puedan asistir a interponer sus demandas.

Además, se estima que se trata de impedir que dicho Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo, funcione como un tribunal especial, de los prohibidos por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto que sólo se erige cuando tiene que resolver ciertos asuntos puestos a su consideración.

Por lo que se refiere al cuarto requisito complementario, relativo a que *sus resoluciones tengan la fuerza de cosa juzgada*, es de referir, que una condición indispensable para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales es la obligatoriedad de sus decisiones plasmadas en las sentencias y otras clases de resoluciones judiciales. En esta ocasión, la atención se centrará en el primer tipo de decisión apuntado, por ser la sentencia por antonomasia, “el

acto jurisdiccional en el cual se expresa la manera más característica la esencia de la *jurisdictio*: el acto de juzgar.”⁶

Una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional sea judicial o administrativo, contiene—escribe Carlos Báez Silva— una decisión que obliga a quienes intervinieron en el proceso y aún a quienes no lo hayan hecho. Se dice que una sentencia obliga en virtud de que tiene que ser obedecida. ¿Por qué tiene que ser obedecida una sentencia? La respuesta nos la da el propio Carlos Báez Silva, en los siguientes términos:

“Debido a su naturaleza de decisión estatal, la sentencia presupone la existencia de un monopolio de la violencia legítima; el juzgador tiene tras de sí todo el aparato coercitivo del Estado para obligar a que sus decisiones se acaten. Las decisiones judiciales, pueden hacerse acatar solo por la fuerza legítima. La legitimidad de la fuerza de la que puede disponer el juzgador para hacer obedecer sus decisiones deriva, en primer lugar de la legalidad de la misma, y en segunda instancia de las razones que justifican la existencia de tal fuerza; pero esto no es suficiente para tornar obligatoria una decisión judicial, pues es preciso que se particularice la legitimidad de la decisión concreta que se ha tomado en un caso específico...

Si se afirma que las sentencias judiciales se obedecen normalmente debido a la posibilidad de coacción, se sigue que la validez de la decisión judicial descansa en el temor a la coacción y a la posible sanción. Por validez de la norma jurídica entiendo la aceptación interna por parte del individuo de la obligatoriedad de la norma jurídica...

Una de las características básicas de las normas jurídicas consiste en que “son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor”; solo cuando esta característica se pierde, las normas jurídicas son objeto de un cálculo racional maximizador por parte de los individuos, pues son percibidas como meras expresiones de puro poder, de pura fuerza, desnudas de cualquier valor.

⁶ Citado por José Ovalle Favela. *Derecho Procesal Civil*. México, Ed. Oxford, 2001. p. 186.

De los varios significados del concepto de validez del derecho sólo el sentido ético puede generar en el ámbito interno de los destinatarios de la misma, ese sentimiento de obligatoriedad de la norma. Sólo de esta forma es posible sostener que “el derecho vale” en virtud de su obligatoriedad, su fuerza obligante interiormente aceptada.

Una norma jurídica individualizada, tal como una sentencia, es eficaz, es decir, acatada, debido a que se considera válida, es decir, obligatoria, independientemente de la amenaza de coacción que le subyace.

La validez de la decisión judicial...tiene su origen en las razones que justifiquen tal decisión; de aquí se puede desprender que no es la legalidad, sino la justificabilidad lo que es esencial para la validez de las decisiones judiciales en particular y del resto de normas jurídicas en general.”⁷

Una vez expuesto desde el punto de vista ético, el contenido del requisito consistente en que sus resoluciones tengan la fuerza de cosa juzgada, desde la óptica jurídica, ésta característica consiste en que no exista medio de defensa alguno en contra de dichas sentencias al menos en la misma instancia que dictó la resolución o sentencia en cuestión.

Explicado con otras palabras, significa atendiendo al federalismo judicial imperante en el país, que el requisito de fuerza de cosa juzgada de que gozan las resoluciones y sentencias dictadas por un tribunal, solamente se circunscribe a la instancia judicial en la cual se actúa, es decir, que no exista medio de defensa legal alguno ante la referida instancia jurisdiccional, por lo que sí es factible la interposición del juicio de amparo en contra de dichas resoluciones y sentencias, con la única salvedad de que dependiendo si es considerado un tribunal propiamente dicho o un procedimiento seguido en forma de juicio, lo que hace la distinción entre el amparo directo o el indirecto.

Finalmente, el quinto requisito complementario, establece que *esas resoluciones puedan ser ejecutadas por sí o por autoridades designadas en la ley respectiva*. Este requisito es de suma importancia porque frecuentemente se presenta una resistencia de la autoridad demandada a

⁷ Carlos Báez Silva. *La motivación y la argumentación en las decisiones judiciales*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Número 13. Año 2003. pp. 113-114.

cumplir con una obligación de hacer, de no hacer o de dar, que se le impuso en una sentencia, como puede ser, el otorgamiento de un permiso o una devolución de impuestos, en ambos casos, una vez que haya causado ejecutoria la sentencia, la Sala del conocimiento del Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo, de oficio o a petición de parte, según se establezca en la ley y reglamento respectivo, deberá aplicar los medios de apremio en caso de incumplimiento a lo ordenado en la referida sentencia.

Para cumplir con las determinaciones dictadas por el Tribunal Municipal de lo Contencioso Administrativo, éste deberá contar con medios de apremio para imponer el orden durante las actuaciones, así como para hacer cumplir las sentencias que dicta.

Los medios de apremio son: “el conjunto de instrumentos jurídicos a través de los cuales el juez o tribunal puede hacer cumplir coactivamente sus determinaciones. En el ordenamiento mexicano no existe un criterio uniforme para regular las medidas de apremio que puede utilizar el juzgador, pues si bien algunos preceptos las fijan con precisión en otros las dejan a la discreción del Tribunal”.⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la aplicación de los medios de apremio ha de ser gradual, y que se haga uso de aquellos que resulten suficientes para la finalidad perseguida; en consecuencia, la aplicación del arresto como medida de apremio, sin agotar antes los otros medios coactivos legalmente establecidos constituye una violación del artículo 16 Constitucional. Por último, el auxilio de la fuerza pública es el acudir en apoyo de las instituciones competentes, como la policía, para que el particular o la autoridad cumplan con lo establecido por el Tribunal.

Ahora bien, en la iniciativa de Ley de Justicia Contencioso Administrativo Municipal presentada por el suscrito ante el H. Congreso del Estado en fecha 09 de marzo de 2006, se expusieron como medidas de apremio, las siguientes: amonestación, multa, arresto hasta por veinticuatro horas y auxilio de la fuerza

⁸ José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina. *Instituciones de derecho procesal civil*. México, Ed. Porrúa, 1985. p. 53.

pública, las cuales podrán ser utilizadas de manera indistinta al arbitrio del juzgador.

En consecuencia, la amonestación en este sentido, se define como una reprensión para que no se reitere un comportamiento que se considera indebido dentro de un procedimiento. Por otro lado, la pena pecuniaria consistente en el pago al Estado de una cantidad de dinero es la multa, mientras que el arresto se define como la detención, con carácter de provisional, de una persona culpable o sospechosa, en nombre de la ley o de la autoridad. Finalmente, el auxilio de la fuerza pública consiste precisamente en que en ocasiones para hacer cumplir las determinaciones dictadas por los juzgadores de lo contencioso administrativo municipal, se requiere el auxilio de la fuerza pública para cumplir a cabalidad tales resoluciones, pues la insistencia en la negativa de la parte perdedora así lo requiere.

V. REFLEXIONES FINALES

PRIMERA. Para cumplir con el espíritu de la reforma municipal de 1999, específicamente el inciso a) fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no basta con crear órganos jurisdiccionales bajo la denominación de Tribunales Municipales, Juzgado de lo Contencioso Administrativo, entre otros, para que éstos se estime que cumplen con lo ordenado por la norma fundante, se requiere además, independientemente de su denominación, que se encarguen precisamente de conocer de las controversias y conflictos que se susciten entre la administración pública municipal y los particulares y que reúnan las características a que se alude a lo largo del presente ensayo.

SEGUNDA. La importancia de este opúsculo, radica en que en ocasiones, los encargados de elaborar leyes y/o reglamentos no tienen al alcance la interpretación dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a ciertos artículos de la Carta Magna; sin que esto suponga que impere un jurisprudencialismo, sino simplemente que al ser el legislador el socio del

poder judicial, éstos deberían estar en armonía para el mejor desempeño de sus funciones y redunden en beneficio de la sociedad en la que vivimos.

TERCERA. Las reflexiones que se esbozan en esta monografía pretenden ser la base de un estudio superior del tema que permita el establecimiento de tribunales municipales de lo contencioso administrativo que reúnan las características de verdaderos tribunales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Carlos Báez Silva. *La motivación y la argumentación en las decisiones judiciales*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Número 13. Año 2003.
- José Ovalle Favela. *Derecho Procesal Civil*. México, Ed. Oxford, 2001.
- Mauricio Yanome Yesaki. *Fundamentos para transformar a los tribunales administrativos en órganos constitucionales autónomos en México. Propuestas y justificación para su consecución*. Revista Iustitia No. 14, correspondiente al mes de abril de 2006 publicada por el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Sede Monterrey. pp. 229-289.
- Mauricio Yanome Yesaki. *La facultad jurisdiccional de los municipios en México*. México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Año XXXVIII. Número 114. Septiembre-Diciembre 2005.
- Miguel Bonilla López. *Sobre el concepto de "tribunal" en el sistema jurídico mexicano. El caso del Consejo Tutelar de Menores*. México, Juez. Cuadernos de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal. Volumen 1, Número 1, Otoño de 2002.
- Yasbe Manuel Carrillo Cervantes. *La división de poderes y los órganos constitucionales autónomos en México, propuestas para la reforma del Estado* Disponible [en línea]: <http://www-azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/39-12.html>

NORMAS EDITORIALES DE LA REVISTA *IUSTITIA*

Estas normas fueron elaboradas por el Consejo Editorial de la revista jurídica *IUSTITIA* del Departamento de Derecho del Tec de Monterrey, Campus Monterrey.

1. Sólo se publicarán investigaciones originales e inéditas. El idioma oficial de la revista es español. Sin embargo, se podrán publicar también artículos en inglés.
2. Si el autor decide publicar posteriormente su artículo en cualquier otro medio conocido o por desarrollarse, deberá hacer referencia en el mismo, a la primera publicación de su obra hecha en *IUSTITIA*.
3. Bajo ninguna circunstancia se aceptarán artículos que simultáneamente estén siendo sometidos a la consideración de otra publicación.
4. Los trabajos deberán entregarse al editor por correo electrónico. El archivo que contenga el trabajo deberá tener formato de *Microsoft Word*, versión 6.0 o posterior. Se deberá utilizar el formato de letra conocido como *Times New Roman*, el tamaño de la letra 12, a un solo espacio.
5. La extensión de los trabajos se considerará caso por caso. Sin embargo, se sugiere que si es un artículo o comentario, el número de páginas sea razonable para que el mismo pueda ser publicado en un solo número.

6. Para las citas, y en general para el trabajo, se podrá utilizar cualquier metodología siempre y cuando sea coherente y uniforme.
7. Utilice notas al pie en lugar de notas al final del trabajo.
8. La única nota que podrá aparecer en el nombre del autor, antes del cuerpo de la investigación, será la nota de referencia del autor. Esta incluirá únicamente la siguiente información:
 - a. Posición dentro del ITESM o la institución educativa en dónde sea profesor, o una breve nota a manera de título que describa su ocupación jurídica.
 - b. Grados académicos obtenidos a la fecha, incluyendo la institución en la que obtuvo cada uno de ellos.
 - c. Se podrán incluir agradecimientos en la misma nota, siempre y cuando éstos no abarquen más de cinco renglones.
9. El Consejo Editorial revisará los trabajos y los enviará a su autor con los comentarios respectivos, asignándole un plazo para su corrección y envío.
10. El autor, autorizará por escrito al Consejo Editorial a publicar su artículo; asimismo, se someterá a lo establecido por el Manual de Políticas de Derechos de Autor del Sistema ITESM.
11. Lo no previsto aquí será decidido por el Consejo Editorial o por el editor de la revista.

LINEAMIENTOS DEL CONSEJO EDITORIAL DE LA REVISTA
IUSTITIA

PRIMERO: El Consejo Editorial estará formado por un número determinado de profesores del Departamento de Derecho del ITESM u otra institución y un editor.

SEGUNDO: Las funciones de los miembros del Consejo Editorial serán las siguientes: a) Revisar los trabajos de investigación propuestos que les asigne el editor de la revista. La revisión de cada trabajo será hecha por tres miembros del Consejo Editorial, pudiendo ser uno de ellos el editor de la revista; b) Diseñar y modificar las normas editoriales de la revista; y, c) Promover la difusión y participación en la misma.

TERCERO: En la revisión de los trabajos de investigación, cada uno de los miembros del Consejo que esté participando podrá: 1° Aprobar el trabajo para su publicación; 2° Rechazar la publicación del trabajo en cuestión; o bien, 3° Agregar comentarios y sugerencias tendientes a la mejora del trabajo para lograr así su publicación. En todo caso, los fundamentos de la decisión se tendrán que entregar por escrito al editor, quien a su vez los hará llegar al autor del trabajo en cuestión.

CUARTO: La decisión de publicar o no un trabajo propuesto, será tomada por la mayoría de los tres miembros del Consejo que esté revisando el trabajo en cuestión. Podrá ser rechazada aquella investigación que no cumpla con lo preceptuado en las normas editoriales. Sin embargo, no podrá ser fundamento de rechazo tener un criterio, escuela de pensamiento o interpretación diferente a la del autor de la investigación.

QUINTO: La asignación del trabajo para la revisión que del mismo harán tres miembros del Consejo será hecha por el editor de la revista. Al momento de hacer la revisión, los miembros del Consejo no tendrán conocimiento alguno sobre su autor. Se procurará que los trabajos sean asignados de manera aleatoria y que la carga de trabajo sea proporcional para todos los miembros del Consejo. En caso de que algún miembro del Consejo presente alguna investigación para su publicación, no podrá ser uno de los tres miembros que den revisión a la misma.

Este número de la revista
IUSTITIA editada por el
Departamento de Derecho del
ITESM Campus Monterrey, se
imprimió en los talleres de
Grafo Print Editores, S.A. La
edición consta de 600
ejemplares.

**CLAUSTRO ACADÉMICO DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO**

Dra. Ana María Alvarado Larios
Lic. Alberto Francisco Rebolledo Ponce
Lic. Aydeé del Carmen García Arzábala
Dr. Carlos A. Gabuardi Arreola
Lic. César Luis Aranda Garza
Dr. Donato Cárdenas Durán
Dra. Doricela Mabarak Cerecedo
Lic. Eloisa Fernández Rangel
Lic. Gabriel Gerardo Farah Piñón
Dr. Héctor Alejandro González Hernández
Dr. Jorge Castañeda González
Lic. Julio César Cruz Chavira
Lic. Jorge Iván Salazar Tamez
Lic. Luis Ernesto Aguirre Villarreal
Lic. Marlon Omar López Zapata
Dr. Rogelio Martínez Vera
Lic. Rosa Gloria Alanís Sierra
Lic. Rosa Aurora Moncayo de León
Dr. Todd Corey Nelson
Dr. Roberto Garza Barbosa

**PROFESORES VISITANTES DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO**

Dr. Pedro Serna
Lic. Carmelo Cattafi Bambaci



**TECNOLOGICO
DE MONTERREY®**